

DIE VOLLMACHT  
AUF DEN TODESFALL

Bruno Heinz

=

1964.





Digitized by the Internet Archive  
in 2026



DIE VOLLMACHT AUF DEN TODESFALL

Inaugural - Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität  
zu München

vorgelegt von

Bruno Heinz

München 1964

Referent: Professor Dr. M. FERID  
Correferent: Professor Dr. H. KRAUSE

Tag der mündlichen Prüfung: 21.12.1964

## INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Schrifttum                                                                                  | VII |
| Abkürzungen                                                                                 | XIX |
| <br><u>1. Kapitel</u>                                                                       |     |
| Begriff und Wesen der Vollmacht auf den Todesfall                                           | 1   |
| § 1 Die zwei Arten postmortaler Vollmacht                                                   | 1   |
| § 2 Die Vollmacht auf den Todesfall als materielle Verfügung von Todes wegen                | 7   |
| Problem                                                                                     | 7   |
| Der Begriff der materiellen Verfügung von Todes wegen :                                     | 8   |
| 1) Die Abstellung des Rechtsgeschäfts auf den Tod des Erblassers                            | 8   |
| 2) Das Überleben des Bedachten                                                              | 9   |
| 3) Die ausschließliche Einwirkung auf den Nachlaß                                           | 10  |
| Anwendung dieses Begriffsmerkmals auf die Vollmacht auf den Todesfall und Schrifttum hierzu | 13  |
| 4) Kein lebzeitiges Vermögensopfer                                                          | 18  |
| <br><u>2. Kapitel</u>                                                                       |     |
| Die Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall                                            | 21  |
| § 3 Konkurrenz zur Testamentsvollstreckung ?                                                | 21  |
| I. Problem und Schrifttum                                                                   | 21  |
| II. Die Wesensmerkmale der Testamentsvollstreckung :                                        | 26  |
| 1. Die Rechtsbeschränkung des Erben :                                                       | 26  |
| 1) Ihr Begriff :                                                                            | 26  |
| a) Entzug der Aktivbefugnisse über den Nachlaß                                              | 26  |
| b) Unvermeidbare Bindung an die Fremdwirkung der Handlungen des Testamentsvollstreckers     | 29  |
| 2) Ihr Nachweis bei den vom Erblasser abweichend geregelten Testamentsvollstreckungen :     | 31  |
| a) Gegenständliche Beschränkung der Testamentsvollstreckung                                 | 31  |
| b) Inhaltliche Beschränkung der Testamentsvollstreckung                                     | 32  |

|                                                                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3) Ihr Fehlen bei der Vollmacht auf den Todesfall                                                                                                                   | 37 |
| 2. Die Fremdwirkung der Handlungen des Testamentsvollstreckers                                                                                                      | 39 |
| 3. Nicht : die ausschließliche Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers für Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses                                              | 41 |
| 4. Nicht : die Konzentration der Nachlaßverwaltung                                                                                                                  | 45 |
| III. Ablehnung einer unzulässigen Konkurrenz zur Testamentsvollstreckung wegen der Rechtsbeschränkung des Erben (Gedanke der Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens) | 46 |
| IV. Die unwiderrufliche Vollmacht auf den Todesfall                                                                                                                 | 52 |
| Gründe in Schrifttum und Rechtsprechung für die (beschränkte) Anerkennung einer unwiderruflichen Vollmacht auf den Todesfall                                        | 52 |
| Die Unzulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht auf den Todesfall                                                                                               | 57 |
| Die Gründe der herrschenden Meinung für die Unzulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht auf den Todesfall                                                       | 59 |
| § 4 Konkurrenz zum Vermächtnis und zur Schenkung von Todes wegen ?                                                                                                  | 62 |
| I. Die Stellungnahme von Schrifttum und Rechtsprechung                                                                                                              | 62 |
| II. Ablehnung einer unzulässigen Konkurrenz wegen der Verschiedenheit der Wirkungen beider Institute :                                                              | 65 |
| 1) Keine Garantie der Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens bei der Vollmacht auf den Todesfall                                                                     | 65 |
| 2) Die Vollmacht auf den Todesfall als Rechtsgeschäft des Erben                                                                                                     | 68 |
| Insbesondere die Auswirkung im Nachlaßkonkurs                                                                                                                       | 70 |
| § 5 Konkurrenz zu allen Verfügungen von Todes wegen ?                                                                                                               | 73 |
| Kein numerus clausus der materiellen Verfügungen von Todes wegen                                                                                                    | 73 |
| Kein Verstoß der Vollmacht auf den Todesfall gegen die Interessen anderer Nachlaßbeteiligter                                                                        | 76 |

|      |                                                                                                                     |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 6  | Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter ?                                                                                  | 82  |
| I.   | Die Ablehnung dieses Einwands : die Vollmacht auf den Todesfall als materielle Verfügung von Todes wegen            | 82  |
| II.  | Schrifttum                                                                                                          | 84  |
| § 7  | Die Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall                                                                    | 87  |
|      | Keine begründeten Einwände gegen die Vollmacht auf den Todesfall (Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse)        | 87  |
|      | Die Nützlichkeit der Vollmacht auf den Todesfall                                                                    | 88  |
| § 8  | Das Problem in Schrifttum und Rechtsprechung                                                                        | 91  |
| I.   | Allgemeines                                                                                                         | 91  |
| II.  | Zur Ablehnung der Vollmacht auf den Todesfall                                                                       | 92  |
| III. | Zur Bejahung der Vollmacht auf den Todesfall                                                                        | 95  |
| IV.  | Einschränkungen der Vollmacht auf den Todesfall :                                                                   | 106 |
|      | 1) Abstellung auf den Einzelfall, insbesondere auf die Absicht des Erblassers zur Umgehung erbrechtlicher Institute | 106 |
|      | 2) Einschränkung auf Vollmachten zu entgeltlichen Rechtsgeschäften                                                  | 107 |
|      | 3) Einschränkung auf sog. uneigentliche Vollmachten auf den Todesfall                                               | 110 |
|      | 4) Unterwerfung der Vollmacht auf den Todesfall unter erbrechtlichen Formzwang                                      | 111 |

### 3. Kapitel

|      |                                                                                                         |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
|      | Verhältnis zu anderen Verwaltern des Nachlasses                                                         | 112 |
| § 9  | Verhältnis zum Testamentsvollstrecker                                                                   | 112 |
| I.   | Die Zulässigkeit des Nebeneinanders von Testamentsvollstrecker und Bevollmächtigtem auf den Todesfall : | 112 |
|      | 1) Grundsatz                                                                                            | 112 |
|      | 2) Die Vollmacht auf den Todesfall war zuerst erklärt                                                   | 113 |
|      | 3) Die Testamentsvollstreckung war zuerst angeordnet                                                    | 115 |
| II.  | Unabhängigkeit des Bevollmächtigten auf den Todesfall vom Testamentsvollstrecker                        | 116 |
| III. | Kein Widerruf der Vollmacht auf den Todesfall durch den Testamentsvollstrecker                          | 118 |

|                       |                                                                                          |     |
|-----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 10                  | Verhältnis zum Vormund und zum Vormundschaftsgericht                                     | 120 |
| I.                    | Die Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall trotz<br>Geschäftsunfähigkeit des Erben | 120 |
|                       | Keine unzulässige Konkurrenz zu einer Pflegschaft                                        | 120 |
| II.                   | Unabhängigkeit des Bevollmächtigten auf den Todesfall<br>vom Vormund                     | 122 |
| III.                  | Unabhängigkeit des Bevollmächtigten auf den Todesfall<br>vom Vormundschaftsgericht       | 123 |
| § 11                  | Verhältnis zum Nachlaßpfleger                                                            | 126 |
| § 12                  | Verhältnis zum Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter                              | 128 |
| <br><u>4. Kapitel</u> |                                                                                          |     |
|                       | Umfang der Vollmacht auf den Todesfall                                                   | 131 |
| § 13                  | Beschränkung auf den Nachlaß                                                             | 131 |
| § 14                  | Mißbrauch der Vollmacht auf den Todesfall                                                | 134 |
|                       | Zusammenfassung                                                                          | 138 |
|                       | Lebenslauf                                                                               | 148 |

## SCHRIFTTUM

- Asch Adolf                      Der Erbe, seine Rechte und seine Pflichten,  
Berlin 1925
- Bartholomeyczik Horst      Erbrecht (Studienbuch), 6. Aufl. 1964,  
München und Berlin
- "                                  Erläuterungen zu §§ 1922 - 2063, 2303 - 2385 BGB  
in Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-  
buch, 3. Aufl. 1962
- Bauer - Mengelberg        Generalvollmacht, in "Rechtsfragen der Praxis"  
Rudolf                      Bd. 55/56, Leipzig und Berlin 1932
- Benkard Georg                Über die Abhebung von Bankguthaben nach dem Tode  
des Kunden, in "Bankarchiv" Jahrgang 1905/06 S. 203 ff.
- BGB - RGRK                  Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksich-  
tigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des  
Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von  
Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl.,  
I. Band 1959, II. Band 1. Teil 1959, V. Band 1. Teil  
1960, V. Band 2. Teil 1961, Berlin
- Biermann Johannes        Bürgerliches Recht, 1. Band Allgemeine Lehren und  
Personenrecht, Berlin 1908
- "                                  Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht, in  
"Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dr. Hein-  
rich Dernburg", Berlin 1900
- Binder Julius                Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bür-  
gerlichen Gesetzbuch, I. Teil 1901, II. Teil 1903,  
III. Teil 1905, Leipzig
- "                                  Bürgerliches Recht - Erbrecht, 2. Aufl. 1930, Berlin
- v. Blume                      JW 1923 S. 833 Nr. 9 (Anmerkung zum RG-Urteil vom  
10.1.1923)
- Bock Johann Anselm        Die rechtliche Natur der Vollmacht unter besonderer  
Berücksichtigung ihrer Beziehungen zum Grundverhält-  
nis, Erlangen 1930 (Dissert.)
- Böhle - Stamschräder      Konkursordnung, 5. Aufl. 1958, München und Berlin
- Erläuterungen zu §§ 164 - 193 BGB in Erman, Hand-  
kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1962

- Boehmer Gustav      Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927
- "      Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben, in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, 3. Band S. 216 ff., Berlin und Leipzig 1929
- "      Einleitung zum Erbrecht und Erläuterung zu § 1922 BGB, in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, 1. Teil, 11. Aufl. 1954
- "      JW 1933 S. 1301 (Anmerkung zum RG-Urteil vom 28.11.1932 JW 1933 S. 169 Nr. 16 = RGZ 139/42 ff.)
- Bölting Heinz      Die Vollmacht in ihrer personenrechtlichen Wirkung auf die Rechtsstellung des Erben, Münster 1939 (Dissert.)
- Böttcher Fritz      Zur Lehre vom Erlöschen der Vollmacht nach dem Recht des BGB, Leipzig 1908 (Dissert.)
- Brand - Kleef      Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis, 2. Aufl. 1961, Berlin/Göttingen/Heidelberg
- Brand - Schnitzler      Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 9. Aufl. 1957, Berlin/Göttingen/Heidelberg
- Breier Herbert      Die Vollmachtserteilung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus, Göttingen 1935 (Dissert.)
- Brodmann Erich      Stellvertretung, Vollmacht, in "Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts", IV. Band, II. Abt., Leipzig 1918
- Coing Helmut      s. Enneccerus
- "      Erläuterungen zu §§ 1-240 BGB in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 11. Aufl. 1957
- Cosack - Mitteis      Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1924/27
- Crome Carl      System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band V, 1912, Tübingen
- Danckelmann Bernhard      Erläuterungen zu §§ 1-432 BGB in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl. 1964

- Dannenberg Ulrich Die Fortgeltung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers und des Bevollmächtigten, Kiel 1925 (Dissert.)
- Dernburg Heinrich Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, I. Band, Die allgemeinen Lehren, 3. Aufl. 1906, Halle
- Dittmann Ottmar Erläuterungen zu §§ 2197-2228, 2265-2302 BGB in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, 2. Teil, 10./11. Aufl. 1960
- Düringer-Hachenburg Das Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band, 3. Aufl. 1930, Mannheim/Berlin/Leipzig
- Ebbecke Verfügungen von Todes wegen, in Recht 1916 Sp. 233 ff. ; 333 ff.
- Eccius Zur Lehre von der Vollmacht nach Bürgerlichem Gesetzbuche, in Gruchot Bd. 47 S. 209 ff.
- Ehard und Eder Erläuterungen zu §§ 1922 BGB - 2385 BGB in Soergel - Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, V. Band, 9. Aufl. 1961
- Endemann F. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Band (Erbrecht), 1. Hälfte, 8./9. Aufl. 1919, Berlin
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband 1959, 2. Halbband 1960, 15. Aufl., Tübingen
- Enneccerus - Kipp - Coing Erbrecht, 11. Aufl. 1960, Tübingen
- Erlanger H. Die Abhebung von Bankguthaben nach dem Tode des Kunden, in "Bankarchiv" Jahrgang 1905/06 S. 131 ff.
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände, 3. Aufl. 1962, Münster
- Ettlinger Rosi Das mandatum post mortem (Die Vornahme formell atypischer Verfügungen von Todes wegen unter Verwendung einer Hilfsperson), Hamburg 1933 (Dissert.)
- Eule Erich Die über den Tod des Machtgebers erteilte Vollmacht, Halle 1934 (Dissert.)

- Evers Der Vertrag zugunsten eines Dritten in dem Anwendungsfall des § 331 Abs. 1 BGB : ein Rechtsgeschäft adT. ohne erbrechtl. Inhalt, Erlangen 1934 (Dissert.)
- Ferid Murad Erläuterungen zu §§ 2303 - 2352, 2371 - 2385 BGB in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, 2. Teil, 10./11. Aufl. 1960
- Fischer - Henle - Titze Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 1932, München
- Fischer Kurt Die postmortale Vollmacht, Hamburg 1949 (Dissert.)
- Flatau Ernst Ist die Vollmacht abstrakt oder kausal ? Gruchot Bd. 52 S. 753 ff.
- Foller Eduard Das Erlöschen der Vollmacht nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Jena 1903 (Dissert.)
- Gawlik Hans Die unwiderrufliche Vollmacht, Breslau 1930 (Dissert.)
- Gieben Die Verträge zugunsten Dritter in ihrer Anwendung auf das mandatum post mortem, Freiburg 1906 (Dissert.)
- Günther Hans Die über den Tod hinaus wirkende Vollmacht, Göttingen 1923 (Dissert.)
- Güthe - Triebel Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, 6. Aufl., 1. Band 1936, 2. Band 1937, Berlin
- Haedecke Kraft Die Generalvollmacht, Heidelberg 1913 (Dissert.)
- Haegele Karl Der Testamentsvollstrecker, Systematische Darstellung für die Praxis nach bürgerlichem und Steuerrecht, 1953
- Hallbauer Max Die unwiderrufliche Vollmacht als Sicherungsmittel, in "Bankarchiv" Jahrgang 1909/10 S. 337 ff.
- Heintzenberg Rolf Die Einzelunternehmung im Erbgang, Heft 3 der "Abhandlungen aus dem Industrieseminar der Universität zu Köln", 1957
- Heldrich Karl Die Geltung der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers, in "Iherings Jahrbücher" Bd. 79 (1929) S. 315 ff.

|                        |                                                                                                                                                |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Hellwig Konrad         | Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899                                                                                              |
| Hemmersbach Anton      | Die Generalvollmacht des bürgerlichen Rechts nach dem Tode des Vollmachtgebers, Köln 1931 (Dissert.)                                           |
| Henke - Mönch - Horber | Grundbuchordnung, 8. Aufl. 1964, München und Berlin                                                                                            |
| Hense Franz            | Erläuterungen zu §§ 2064 - 2302 BGB in Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1962                                         |
| Herbst Hermann         | Das Erlöschen der Vollmacht nach heutigem Recht, Erlangen 1909 (Dissert.)                                                                      |
| Hezel Friedrich        | Erläuterungen zu §§ 164 ff. BGB in Schlegelberger - Vogels, Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht, Berlin 1939 |
| Hilderscheid Heinz     | Die unwiderrufliche Vollmacht und ihre Bedeutung für die Amtstätigkeit des Notars, Deutsche Notar - Zeitschrift 1938 S. 482 ff.                |
| Hölder Eduard          | Kommentar zum Allgem. Teil des BGB, München 1900                                                                                               |
| Holländer              | Die gewillkürte Stellvertretung, Leipzig 1910 (Dissert.)                                                                                       |
| Hueck Alfred           | SJZ 1948 S. 458 ff. (Anmerkung zu OLG Stuttgart SJZ 1948 S. 455 = NJW 1948 S. 627)                                                             |
| Hupka Josef            | Die Vollmacht, Leipzig 1900                                                                                                                    |
| Isay Hermann           | Vollmacht und Verfügung in "Archiv für die civilistische Praxis" Bd. 122 S. 195 ff. (a.F.) = Bd. 2 S. 195 ff. (n.F.)                           |
| Jäger Ernst            | Kommentar zur Konkursordnung, 2. Band, 6./7. Aufl. 1936, Berlin und Leipzig                                                                    |
| Jäger - Lent - Weber   | Kommentar zur Konkursordnung, 1. Band, 8. Aufl. 1958, Berlin                                                                                   |
| Janke                  | Die über den Tod hinaus erstreckte Vollmacht unter besonderer Berücksichtigung der Erscheinungen des Bankverkehrs, Halle 1924 (Dissert.)       |
| Johannsen Kurt Herbert | Erläuterungen zu §§ 2064 - 2146, 2265 - 2273 BGB in BGB - RGRK, V. Band, 1. Teil, 11. Aufl. 1960, 2. Teil, 11. Aufl. 1961                      |

|                      |                                                                                                                                                                                       |
|----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Jutz Richard         | Der Einfluß von Tod, Verlust der Geschäfts- und Verfügungsfähigkeit des Vollmachtgebers auf die Vollmacht, Heidelberg 1912 (Dissert.)                                                 |
| Keidel Theodor       | Erläuterungen zu §§ 1922 - 2385 BGB in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl. 1964                                                                                               |
| Kettler Georg        | Die unwiderrufliche Vollmacht, Göttingen 1929 (Dissert.)                                                                                                                              |
| Kipp Theodor         | Wer kann nach deutschem bürgerlichem Recht mit Vermächnissen bedacht werden ? Erlanger Festschrift für Prinzregent Luitpold von Bayern, Band II S. 107 ff., Erlangen und Leipzig 1901 |
| Kisch Wilhelm        | Geschäftsbesorgung nach dem Ableben von Kriegsteilnehmern, in "Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern" 1918 S. 1 ff.                                                                  |
| Klaus                | NJW 1948 S. 627 (Anmerkung zu OLG Stuttgart ebendort)                                                                                                                                 |
| Kleinschmidt Kurt    | Die über den Tod hinaus erteilte Vollmacht, Frankfurt a.M. 1927 (Dissert.)                                                                                                            |
| König Johannes       | Das mandatum post mortem, Bonn 1932 (Dissert.)                                                                                                                                        |
| Kohler Josef         | Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Berlin 1906                                                                                                                                 |
| Kregel Wilhelm       | Einleitung zum Erbrecht und Erläuterung zu §§ 1922 - 1941, 2197 - 2264, 2274 - 2302, 2353 - 2385 BGB in BGB - RGRK, V. Band, 1. Teil, 11. Aufl. 1960, 2. Teil, 11. Aufl. 1961         |
| Kretschmar Ferdinand | Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1913                                                                                                                    |
| Kromer K.            | Die Vollmacht, welche sich über den Tod des Vollmachtgebers hinaus erstreckt, in "Hanseatische Gerichtszeitung" 1921 Beiblatt S. 125 ff. = Bankarchiv 1920/21 S. 354 ff.              |
| Krückmann Paul       | Institutionen des BGB, 5. Aufl. 1929, Berlin                                                                                                                                          |
| Kuhn Georg           | Erläuterungen zu §§ 158 - 185 BGB in BGB - RGRK, I. Band, 11. Aufl. 1959                                                                                                              |

|                     |                                                                                                                                                          |
|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Lamberg Martin      | Auftrag und Vollmacht auf den Todesfall,<br>Göttingen 1929 (Dissert.)                                                                                    |
| Lange Heinrich      | Lehrbuch des Erbrechts, 1962, München und Berlin                                                                                                         |
| Lehmann Heinrich    | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs,<br>12. Aufl. 1960, Berlin                                                                                 |
| "                   | Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse,<br>15. Aufl. 1958, Tübingen                                                                            |
| "                   | Stellvertretung, in "Handwörterbuch der Rechtswissen-<br>schaft" (herausgeg. von Stier - Somlo und Elster,<br>1928), Band V S. 694 ff.                   |
| "                   | Erläuterungen zu §§ 1923 - 2063 BGB in Staudinger,<br>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band,<br>1. Teil, 11. Aufl. 1954                         |
| "                   | JW 1929 S. 1647                                                                                                                                          |
| Lehmberg Paul       | Die Erlöschensgründe der Vollmacht nach heutigem<br>Recht, Rostock 1905 (Dissert.)                                                                       |
| Leonhard Franz      | Erbrecht, Kommentar, 2. Aufl. 1912, Berlin                                                                                                               |
| "                   | Vertretung und Fremdwirkung, in "Iherings Jahrbücher"<br>Bd. 86 S. 1 ff.                                                                                 |
| "                   | Gruchot Bd. 44 S. 520 ff.                                                                                                                                |
| Leonhard R.         | Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs<br>in seinem Einfluß auf die Fortentwicklung der Rechts-<br>wissenschaft, Berlin 1900                   |
| Leopold             | s. Wegler - Leopold                                                                                                                                      |
| Lindemann           | Erben nach Gegenständen, DNotZ 1951, S. 215 ff.                                                                                                          |
| Loewenwarter Viktor | Lehrkommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch, 1. Band,<br>2. Aufl. 1926, Berlin                                                                                 |
| Lux Walter          | Schulung für die Juristische Praxis, Ein induktives<br>Lehrbuch, 3. Abteilung (Freiwillige Gerichtsbarkeit)<br>bearbeitet von Paul Jansen, 4. Aufl. 1957 |
| Marwitz             | Auftrag, in "Handwörterbuch der Rechtswissenschaft",<br>Band I S. 385 ff.                                                                                |
| Maurer Kurt         | Der Widerruf der Vollmacht nach dem Bürgerlichen<br>Gesetzbuch, Heidelberg 1905 (Dissert.)                                                               |

|                                |                                                                                                                                                          |
|--------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Meikel - Imhof -<br>Riedel     | Grundbuchrecht, Kommentar zur Grundbuchordnung,<br>5. Aufl., I. Bd. 1955, II. Bd. 1958, Berlin                                                           |
| Melsheimer Fritz               | Wie kann man über den eigenen Nachlaß verfügen<br>auf eine andere Weise als durch Verfügung von<br>Todes wegen ? Heidelberg 1912 (Dissert.)              |
| Mentzel - Kuhn                 | Kommentar zur Konkursordnung, 7. Aufl. 1962                                                                                                              |
| Meyer Arthur                   | Vollmacht mit Wirkung über den Tod des Machtge-<br>bers hinaus, Jena 1935 (Dissert.)                                                                     |
| Meyer Paul                     | Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1904                                                                                                          |
| Mook Kurt                      | Das mandatum post mortem als Vertrag zugunsten<br>Dritter und als Verfügung von Todes wegen, Breslau<br>1913 (Dissert.)                                  |
| Müller - Freienfels<br>Wolfram | Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955                                                                                                        |
| Müllerheim                     | Der Erlaß von Todes wegen unter Berücksichtigung<br>des mandatum post mortem, Greifswald 1910<br>(Dissert.)                                              |
| Neumann Walter                 | Die Vollmacht über den Tod hinaus, Erlangen 1950<br>(Dissert.)                                                                                           |
| Neye Walther                   | Vollmacht über den Tod hinaus, insbesondere bei<br>Erbenstellung des Bevollmächtigten, Breslau 1924<br>(Dissert.)                                        |
| Nipperdey Hans Carl            | s. Enneccerus                                                                                                                                            |
| "                              | Erläuterungen zu §§ 662 ff. BGB in Staudinger,<br>Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Band,<br>3. Teil, 11. Aufl. 1958                            |
| Oertmann Paul                  | Die über den Tod hinaus erteilte Vollmacht, in<br>"Bankarchiv" Jahrgang 1913/14 S. 5 ff.                                                                 |
| "                              | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,<br>Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927, Schuldrecht,<br>5. Aufl. 1928, Berlin                                         |
| Overhues Ernst                 | Das mandatum post mortem in der Auffassung des<br>gemeinen Rechts und des bürgerlichen Gesetzbuchs<br>für das Deutsche Reich, Heidelberg 1908 (Dissert.) |

- |                       |                                                                                                                                                                                                         |
|-----------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Palandt               | Bürgerliches Gesetzbuch, 23. Aufl. 1964,<br>München und Berlin                                                                                                                                          |
| Pieper Waldemar       | Die Fortdauer der Vollmacht nach dem Tode des Voll-<br>machtgebers, Bonn 1933 (Dissert.)                                                                                                                |
| Pikalo Alfred         | NJW 1950 S. 424 (Anmerkung zu OGHBrZ<br>Köln NJW 1949 S. 822 Nr. 2)                                                                                                                                     |
| Planck                | Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<br>nebst Einführungsgesetz, herausgegeben von E. Strohal,<br>I. Band Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1913, Berlin,<br>V. Band Erbrecht, 4. Aufl. 1930, Berlin |
| Plattner              | Das Erlöschen der Vollmacht, in "Mitteilungen aus der<br>Praxis" Jahrgang 1932 S. 103 ff.                                                                                                               |
| Poischen Franz Joseph | Auftrag und Vollmacht auf den Todesfall, Köln 1937<br>(Dissert.)                                                                                                                                        |
| Raape Leo             | Zustimmung und Verfügung, in "Archiv für die civi-<br>listische Praxis" Bd. 121 S. 257 ff. (a.F.) = Bd. 1<br>S. 257 ff. (n.F.)                                                                          |
| "                     | JW 1925 S. 603 (Anmerkung zu RG JW 1925 S. 603<br>Nr. 6)                                                                                                                                                |
| Raettig Helmut        | Auftrag und Vollmacht post mortem, Jena 1935<br>(Dissert.)                                                                                                                                              |
| Rehbein H.            | Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das<br>Studium und die Praxis, I. Band Allgemeiner Theil,<br>1899 Berlin                                                                               |
| Reinshagen Gert       | Die Vollmacht über den Tod hinaus, Erlangen 1937<br>(Dissert.)                                                                                                                                          |
| Riezler Erwin         | Konkurrierendes und kollidierendes Handeln des Ver-<br>treters und des Vertretenen, in "Archiv für die civi-<br>listische Praxis" Bd. 98 S. 378 ff.                                                     |
| Rötelmann             | Zuwendungen unter Lebenden auf den Todesfall,<br>NJW 1959 S. 661                                                                                                                                        |
| Rosenberg Leo         | Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908                                                                                                                                                                  |
| "                     | Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl.<br>1961, München und Berlin                                                                                                                          |

- Rümelin Max                      Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch, in "Archiv für die civilistische Praxis" Bd. 93 S. 131 ff.
- Salomon Samuel                  Erlöschen der Vollmacht nach Reichsrecht, Würzburg 1913 (Dissert.)
- Schlegelberger - Vogels              Erläuterungswerk zum Bürgerlichen Gesetzbuch und zum neuen Volksrecht, Band I Allgemeiner Teil mit dem Verschollenheitsgesetz vom 4. Juli 1939, Berlin 1939
- Schlossmann Siegmund          Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, 1. Teil 1900, 2. Teil 1902, Leipzig
- Schmitz Karl                      Das Erlöschen einer Vollmacht nach gemeinem Recht und nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Rostock 1905 (Dissert.)
- Schultze -v.Lasaulx              Erläuterungen zu §§ 164 - 185 BGB in Soergel - Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Band, 9. Aufl. 1959, Stuttgart
- Seybold Karl                      Erläuterungen zu §§ 2064 - 2196 BGB in Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, V. Band, 1. Teil, 11. Aufl. 1954
- Siber Heinrich                    Grundrisse zu Vorlesungen über Deutsches bürgerliches Recht, Band 5, Erbrecht mit Berücksichtigung des Erbschaftssteuerrechts, Leipzig 1928
- Soergel - Siebert                  Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, begründet von Dr. Hs. Th. Soergel, neu herausgegeben von Dr. W. Siebert; I. Band Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse allgem. Teil, 9. Aufl. 1959; II. Band Einzelne Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1962; V. Band Erbrecht, Einführungsgesetz, 9. Aufl. 1961; Stuttgart
- Spielmanns Erich                Zum mandatum post mortem, in Recht 1924 Sp. 402 ff.

- Staudinger J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen;  
I. Band Allgemeiner Teil (erläutert von Franz Brandl und Helmut Coing), 11. Aufl. 1957;  
II. Band Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil §§ 611 - 704 BGB (erläutert von Hans C. Nipperdey, Heinz Mohnen, Dirk Neumann, Hermann Riedel), 11. Aufl. 1958;  
V. Band Erbrecht, 1. Teil (erläutert von Gustav Boehmer, Heinrich Lehmann und Karl Seybold), 11. Aufl. 1954, 2. Teil (erläutert von Ottmar Dittmann, Murad Ferid, Karl Firsching und Heinrich Lehmann), 10./11. Aufl. 1960; Berlin
- Stein - Jonas - Schönke Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., fortgeführt von Pohle, 1953 fg.
- Strohal Emil Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 1. Band 1903, 2. Band 1904
- Süßer A. Geschäftsbesorgung nach Ableben von Kriegsbeteiligten, in "Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern" 1917 S. 353 ff.
- Titze Heinrich Das kaufmännische Hilfspersonal, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 2. Band, S. 545 ff., Leipzig 1918
- v. Tuhr Andreas Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914;  
2. Hälfte, München und Leipzig 1918
- " Zum Begriff der Verfügung nach BGB, in "Archiv für die civilistische Praxis" Bd. 117 S. 193 ff.
- Warneyer Otto Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 12. Aufl. 1951, neu bearbeitet von Heinrich Bohnenberg
- Wegler - Leopold Der Testamentsvollstrecker, Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers, Berlin 1938
- Wieacker Franz Zur lebzeitigen Zuwendung auf den Todesfall, in "Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts" Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, I. Band 1956, Berlin/Tübingen/Frankfurt a.M., Seite 211 ff.
- Wolff Theodor Die Vererblichkeit der Generalvollmacht, in Recht 1922 Sp. 70 ff.

- Wolff Theodor      Der Vertrag zugunsten eines Dritten im Bankverkehr,  
in "Bankarchiv" Jahrgang 1921/22 S. 194 ff.
- Würdinger Hans      Erläuterungen zu §§ 1 - 104 HGB im Reichsgerichts-  
rätekommentar zum Handelsgesetzbuch, früher her-  
ausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts,  
1. Band (bearbeitet von Dr. Hans Würdinger),  
2. Aufl. 1953, Berlin
- Zitelmann Ernst      Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner  
Teil, 1900

## ABKÜRZUNGEN

|                         |                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Arch. f. d. civ. Praxis | Archiv für die civilistische Praxis, zugleich Fortsetzung des Archivs für bürgerliches Recht, herausgeg. von W. v. Blume, Ph. Heck, M. Rümelin, A.B. Schmidt                                                                                             |
| Bankarchiv (BA)         | Bank-Archiv, Zeitschrift für das Bank- und Börsenwesen, herausgeg. von Prof. Dr. Riesser                                                                                                                                                                 |
| BayObLGZ                | Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen und von Entscheidungen des Notariatsdisziplinarhofs, herausgeg. unter der Leitung und Aufsicht des Staatsministeriums der Justiz (1901 - 1934)                        |
| "                       | Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, Neue Folge (ab 1948), herausgeg. von den Mitgliedern des Gerichts                                                                                                                 |
| BGHZ                    | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgeg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes und der Bundesanwaltschaft (ab 1951)                                                                                                        |
| DJ                      | Deutsche Justiz, Amtliches Blatt der deutschen Rechtspflege                                                                                                                                                                                              |
| DJZ                     | Deutsche Juristen - Zeitung, herausgeg. von Dr. Otto Liebmann                                                                                                                                                                                            |
| DNotV                   | Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, herausgeg. vom Deutschen Notarverein (1904 - 1932)                                                                                                                                                               |
| DNotZ                   | Deutsche Notarzeitschrift, herausgeg. von Notar Wolpers (1934 - 1944)                                                                                                                                                                                    |
| "                       | Deutsche Notar - Zeitschrift, herausgeg. von Hans Hieber, Dr. Herbert Wöbelauer und Prof. Dr. Alexander Knur                                                                                                                                             |
| DR                      | Deutsches Recht, Zentralorgan des National - Sozialistischen Rechtswahrerbundes, herausgeg. von Dr. Hans Frank, ab 1.4.1939 :<br>Deutsches Recht vereinigt mit Juristische Wochenschrift, Zentralorgan des National - Sozialistischen Rechtswahrerbundes |

- Gruchot Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Dr. J. A. Gruchot
- HansRGZ Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift, früher: Hanseatische Gerichtszeitung
- HRR Höchststrichterliche Rechtssprechung, Vereinigte Entscheidungssammlung der bisherigen Zeitschriften "Rechtssprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen", "Höchststrichterliche Rechtssprechung in Strafsachen", "Die Rechtssprechung, Beilage der Juristischen Rundschau", herausgeg. von Eugen Friedrichs, Dr. Albert Feisenberger
- Jherings Jahrb. Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, herausgeg. von A. Schultze u. H. Siber
- JFG Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, Auf Grund amtlichen Materials herausgeg. von Viktor Ring (später Kurt Ehm), Fortsetzung der Sammlungen "Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts" und "Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit usw."
- JW Juristische Wochenschrift, herausgeg. von Rechtsanwalt Dr. H. Droege, ab 1.4.1939 : Deutsches Recht vereinigt mit Juristische Wochenschrift, Zentralorgan des National-Sozialistischen Rechtswahrerbundes, herausgeg. von Dr. Hans Frank
- JZ Juristenzeitung, Fortsetzung der Deutschen Rechts-Zeitschrift und der Süddeutschen Juristen-Zeitung, herausgeg. von Prof. Dr. K. S. Bader u. a.
- KGJ Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen, herausgeg. von Reinhold Johow und Viktor Ring
- LZ Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, herausgeg. von Dr. Hans Schuler
- MDR Monatsschrift für Deutsches Recht, herausgeg. von Rechtsanwalt Dr. Kurt Mittelstein

|                |                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| NJW            | Neue Juristische Wochenschrift, herausgeg. von Prof. Dr. Hans Dahn u. a.                                                                                                                                                                                                                     |
| OGHBrZ         | Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen (bis 1950), herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Staatsanwaltschaft beim Obersten Gerichtshof                                                                                         |
| OLG-Rspr.      | Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgeg. von B. Mugdan und R. Falkmann                                                                                                                                                                          |
| Recht          | Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgeg. von Dr. Hs. Th. Soergel                                                                                                                                                                                                     |
| RGZ            | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft                                                                                                                                                              |
| RJA            | Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizministerium                                                                                                                                                      |
| Seuff. Arch.   | J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, herausgegeben von H. Cornelius                                                                                                                                                                     |
| Seuff. Bl.     | Dr. J. A. Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, gegründet von Johann Adam Seuffert und Christian Carl Glück, herausgegeben von Dr. Karl Kober und Dr. Th. Engelmann                                                                                                                        |
| SJZ            | Süddeutsche Juristen - Zeitung, herausgegeben von Dr. Hans Ehard u. a.                                                                                                                                                                                                                       |
| Soergels Rspr. | Soergels Rechtsprechung, Jahrbuch des Zivilrechts, herausgegeben von Dr. Hs. Th. Soergel                                                                                                                                                                                                     |
| Warn. Jahrb.   | Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts einschließlich der dieses Gebiet betreffenden steuerrechtlichen Entscheidungen sowie des einschlägigen Rechts des Neuaufbaus des Reichs, herausgegeben von Dr. Otto Warneyer und Dr. Fritz Koppe |

Warn, Rspr.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, soweit sie nicht in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts abgedruckt ist, herausgegeben von Dr. Otto Warneyer

Zscht, f. Rechtspfl.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, herausgegeben von Th. von der Pfordten

# 1. KAPITEL

## BEGRIFF UND WESEN DER VOLLMACHT AUF DEN TODESFALL

### § 1

#### Die zwei Arten postmortaler Vollmacht

Im rechtsgeschäftlichen Verkehr werden oft Vollmachten benutzt, welche die Besonderheit aufweisen, daß der Machtgeber, der sie erteilt hat, nicht mehr lebt. Man nennt sie am besten "postmortale Vollmachten", da ihre Wirkungen nach dem Tode des Machtgebers zu untersuchen sind. Solche postmortalen Vollmachten können auf zwei verschiedene Arten zustande kommen:

a) Die Vollmacht soll nach dem Willen des Machtgebers bereits zu seinen Lebzeiten voll wirksam sein. Die Wirkungen der Vollmacht sollen noch den Machtgeber selbst, nicht erst seine Erben treffen. Der Machtgeber denkt bei Erteilung der Vollmacht nicht an seinen Tod, zumindest erteilt er die Vollmacht nicht deswegen, weil er für die Zeit nach seinem Tode eine Vorsorge für sein Vermögen treffen wollte. Bei Erteilung der Vollmacht fehlt jeglicher Zusammenhang mit dem Tode des Machtgebers. Der Tod des Machtgebers ist weder Motiv noch Wirksamkeitsvoraussetzung der Vollmacht. Sein Tod spielt erst im weiteren Verlauf der Vollmacht eine Rolle. Wenn der Machtgeber zufällig stirbt, nachdem die Vollmacht wirksam erteilt und bevor sie durch Widerruf oder in sonstiger Weise erloschen ist, so taucht die Frage auf, ob die Vollmacht den Tod des Machtgebers überdauert oder mit diesem Zeitpunkt erlischt.

Diese Art der postmortalen Vollmacht stellt also nur die Fortdauer einer gewöhnlichen, lebzeitigen Vollmacht über den Tod des Machtgebers hinaus dar. Als Bezeichnung empfiehlt sich der Ausdruck "Vollmacht über den Tod hinaus"<sup>1)</sup> oder kurz "Vollmacht über den Tod" (Vollm. üdT.).

b) Der Machtgeber kann die Vollmacht aber auch in der Weise erteilen, daß sie erst mit seinem Tode wirksam wird. Die Vollmacht besteht dann zu Lebzeiten des Machtgebers noch nicht, so daß der Machtgeber von den Rechtsgeschäften seines Bevollmächtigten nicht mehr selbst betroffen wird. Wirkungen äußert die

---

1) Weniger gut ist der Ausdruck "vererbte Vollmacht", da fraglich ist, ob eine etwaige Fortdauer der Vollmacht auf Erbfolge beruht oder auf einer besonderen Willenserklärung des Machtgebers (Erbenklausel).

so erteilte Vollmacht erst für und gegen die Erben des Machtgebers. Der Tod des Machtgebers ist hier kein zufälliges Ereignis, das in das Schicksal der Vollmacht unerwartet eingreift. Vielmehr ist der Tod des Machtgebers bewußt in den Tatbestand der Vollmacht aufgenommen worden, um dem Machtgeber eine Einwirkung auf sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode zu eröffnen. Die Vollmacht ist in ihrer Wirksamkeit auf den Tod des Machtgebers abgestellt, womit gesagt sein soll: Der Tod des Machtgebers ist Motiv für die Erteilung der Vollmacht und rechtsgeschäftliche Voraussetzung für ihre Wirksamkeit.

Um den Sinn und Zweck dieser Art der postmortalen Vollmacht und ihre Verknüpfung mit dem Tod des Machtgebers klar herauszustellen, empfiehlt sich die Bezeichnung "Vollmacht auf den Todesfall" <sup>2)</sup> (Vollm. adT.) oder auch "Vollmacht von Todes wegen" (Vollm. vTw.).

Die beiden Arten der postmortalen Vollmacht, die aufgezeigt wurden, sind in ihrem Wesen grundverschieden. Die Vollm. üdT. betrifft die Fortdauer einer bereits bei Lebzeiten des Machtgebers voll wirksamen Vollmacht nach dessen Tod; sie ist eine gewöhnliche Vollmacht, betrachtet in einem bestimmten Zeitraum ihrer Wirksamkeit. Die Vollm. adT. betrifft hingegen die Entstehung einer Vollmacht, die mit dem Tode des Machtgebers erstmalig wirksam werden soll. Vor allem aber unterscheidet sich die Vollm. adT. von der Vollm. üdT. in der Absicht, die ihrer Erteilung zugrunde liegt. Der Machtgeber will sich durch die Vollm. adT. die Möglichkeit sichern, auf sein Vermögen auch noch für die Zeit nach seinem Tode einzuwirken. Bei der Vollm. üdT. fehlt dagegen ein solcher erbrechtlicher Bezug.

Im Gegensatz zu allen anderen Vollmachten ist die Vollm. adT. kein Rechtsgeschäft unter Lebenden, wie das ihrem Typus entsprache. Die beiden Merkmale, die für die Vollm. adT. charakteristisch sind, nämlich die Abstellung des recht-

---

2) Schlecht ist der Ausdruck "postmortale Vollmacht" oder "Vollmacht post mortem", den z.B. Kettler S. 50, Hemmersbach S. 26 und Pieper S. 16 verwenden; denn postmortal, d. h. nach dem Tode des Machtgebers wirksam, ist auch die Vollm. üdT. Man müßte dann wenigstens von postmortaler Vollmacht "im eigentlichen Sinne" (so z.B. Ettlinger S. 83) oder "im engeren Sinne" sprechen, was schwerfällig klingt. Besser wird unter postmortaler Vollmacht der Oberbegriff verstanden, der sowohl die Vollm. üdT. als auch die Vollm. adT. umfaßt. - Lamberg S. 2 will unter "Vollm. adT." auch die Vollm. üdT. mitverstehen, was wegen der Verschiedenheit beider Vollmachten nur Verwirrung stiften kann; will er die Vollm. adT. gesondert behandeln, so muß Lamberg von der "eigentlichen" Vollm. adT. sprechen.

lichen Erfolges auf den Todesfall und die Absicht künftiger Nachlaßeinwirkung, heben die Vollm. adT. aus dem Kreis der Rechtsgeschäfte unter Lebenden heraus und verwandeln sie in eine Verfügung von Todes wegen (im materiellen Sinne); das wird noch näher darzulegen sein<sup>3)</sup>. Die Vollm. adT. ist ein doppelköpfiges Rechtsgeschäft: In der äußeren Form eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden verbirgt sich ein Rechtsgeschäft, das nach seinem Inhalt eine Verfügung von Todes wegen darstellt.

Die Vollm. üdT. bleibt hingegen ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Sie äußert zwar Wirkungen nach dem Tode des Machtgebers, aber nur als Fortsetzung der bereits unter Lebenden gegebenen Wirkungsmöglichkeiten<sup>4)</sup>, so wie jedes andere Rechtsverhältnis, das nach dem Tode eines Beteiligten fortwirkt. Es fehlt bei der Vollm. üdT. die bewußte Abstellung auf den Todesfall des Machtgebers, die bewußte Einwirkung auf den Nachlaß.

Beide Arten der postmortalen Vollmacht haben nur gemeinsam, daß sie beide nach dem Tode des Machtgebers wirksam sind, die Vollm. adT. nur und die Vollm. üdT. auch nach diesem Zeitpunkt. Diese Übereinstimmung ist aber eine rein äußerliche Gemeinsamkeit, die nicht über die Wesensunterschiede zwischen den beiden Arten der postmortalen Vollmacht hinwegtäuschen darf.

Allerdings muß eine Einschränkung gemacht werden. Der aufgezeigte Unterschied läßt sich nur dann streng durchführen, wenn man bei der Vollm. üdT. die Fortsetzung der Vollmacht mit einer Vererbung der Machtgeberstellung erklärt<sup>5)</sup>.

Vielfach wird jedoch angenommen, daß eine Vollmacht nur dann über den Tod des Machtgebers hinaus "fortgelten" könne, wenn der Machtgeber dies ausdrücklich oder stillschweigend angeordnet habe<sup>6)</sup>. Diese

---

3) Siehe unten § 2.

4) Jedenfalls dann, wenn man ihre postmortale Wirksamkeit mit einer Rechtsnachfolge des Erben in die Machtgeberstellung erklärt; vgl. die nachfolgenden Ausführungen im Text.

5) So z.B. Leonhard, Erbrecht, § 1922 Anm. II A 3, III A; Staudinger-Boehmer, § 1922 Anm. XI 6 b Note 224; Eule S. 41-49; Fischer S. 9-10; Pieper S. 4. Umstritten ist, ob die Vererblichkeit der Machtgeberstellung auf § 1922 BGB beruht oder auf einem allgemeinen Prinzip der Rechtsnachfolge, die dann als umfassender Eintritt des Erben in die Rechts- und Pflichtenstellung des Erblassers erscheint und nicht auf den Übergang des Vermögens im Sinne des § 1922 BGB beschränkt ist, vielmehr auch den Übergang bloßer "Rechtslagen" wie der Vollmacht deckt (so vor allem Boehmer, Eule aaO.).

6) So z.B. Staudinger-Coing § 168 Anm. II 2 b Note 4, Anm. III 2 Note 11a; Lehmann, Allgem. Teil, § 36 V 7 a; Bauer - Mengelberg S. 22, 24; Lamberg S. 14; Kleinschmidt S. 57-60.

Auffassung <sup>7)</sup> muß notwendig unterstellen, daß die Vollmacht mit dem Tode des Machtgebers erlischt. Die sog. Erbenklausel (*clausula heredum*), wie man die auf "Fortgeltung" gerichtete Willenserklärung des Machtgebers nennt, bewirkt zwar, daß nach dem Tode des Machtgebers noch eine Vollmacht besteht, aber diese Vollmacht ist nicht mehr die Fortsetzung der zu Lebzeiten des Machtgebers wirk- samen Vollmacht, sondern eine neue, selbständige Vollmacht. Da diese neue Vollmacht mit dem Tode des Machtgebers entsteht, ist sie eine Vollm. adT., zumal auch die Absicht der künftigen Nachlaßeinwirkung vorliegt, wenn der Machtgeber eine Erbenklausel in die Vollmacht aufnimmt. Die Erbenklausel be- deutet also nichts anderes als die Schaffung einer Vollmacht adT. Von einer Vollm. üdT. kann man nicht mehr sprechen, weil es an einer echten, ungebro- chenen Fortdauer der Vollmacht nach dem Tode des Machtgebers fehlt, wozu Identität der Vollmacht vor und nach dem Tode des Machtgebers erforderlich wäre <sup>8)</sup>. Die sog. Vollm. üdT. ist, sobald man sie auf eine Erbenklausel stützt, in Wahrheit nur eine zeitliche Aufeinanderfolge von gewöhnlicher, lebzeitiger Vollmacht (ohne postmortale Fortwirkung) und einer Vollm. adT. Die Vollm. üdT.

---

7) Die Frage, ob eine Fortgeltung der Vollmacht nach dem Tode des Macht- gebers gegeben und wie sie konstruktiv zu erklären sei, wird meist nur für die sog. isolierte Vollmacht untersucht, d. h. für die Vollmacht, der kein Rechtsverhältnis (Auftrag, Geschäftsbesorgungsvertrag, Dienstvertrag, Ge- sellschaft usw.) zugrunde liegt. Das Gesetz schweigt über die Fortgeltung der isolierten Vollmacht. Jedoch ist auch bei der sog. verbundenen Voll- macht die Rechtslage nicht eindeutig. Zwar bestimmt § 168 S. 1 BGB, daß sich ihr Erlöschen nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis richtet, und dieses wird in den meisten Fällen den Tod des Machtgebers überdauern (vgl. z. B. § 672 S. 1 BGB für den Auftrag). Offen bleibt jedoch, ob es sich bei der Fortgeltung der Vollmacht um eine Vererbung handelt. § 168 S. 1 BGB läßt sich zwanglos auch so auffassen, daß der Machtgeber die Vollmacht durch eine Erbenklausel über seinen Tod hinaus erstrecken muß und § 168 S. 1 BGB nur die gesetzliche Grundlage für eine solche Erben- klausel schafft (so z. B. Breier S. 30).

8) Wenn der Machtgeber die Vollmacht über den Tod des Bevollmächtigten hinaus auf dessen Erben erstreckt, so wird, da eine Vererbung der Bevoll- mächtigtenstellung allgemein abgelehnt wird, anerkannt, daß es sich bei der Vollmacht der Erben um eine neue, selbständige Vollmacht handelt, die durch den Tod des ursprünglichen Bevollmächtigten aufschiebend be- dingt ist; vgl. Rosenberg, Stellvertretung, S. 864; Hupka S. 380; Erman/ Böhle-Stamschräder § 168 Anm. 7; Gawlik S. 35.

wird auf eine Vollm. adT. zurückgeführt<sup>9)</sup>. Die Notwendigkeit einer Erbenklausel unterstellt, scheidet die Vollm. üdT. als Unterfall der postmortalen Vollmacht aus und jede postmortale Vollmacht ist eine Vollm. adT. Eine Vollm. adT. ist alsdann jede Vollmacht, bei der der Machtgeber seinen künftigen Tod bewußt, wenn auch vielleicht nur stillschweigend, in den Tatbestand der Bevollmächtigung aufgenommen hat.

Einer Einordnung bedarf der Fall, daß der Machtgeber eine Bevollmächtigungserklärung abgibt, die ihrem Wortlaut nach auf eine gewöhnliche, lebzeitige Vollmacht gerichtet ist, der Machtgeber aber dafür sorgt, daß die Erklärung dem Empfänger erst nach seinem (des Machtgebers) Tod zugeht. Einen postmortalen Zugang der Erklärung erreicht der Machtgeber dadurch, daß er die Vollmacht in sein Testament aufnimmt<sup>10)</sup> und das Testament in besondere amtliche Verwahrung gibt (§ 2248 BGB). Der Bevollmächtigte erlangt dann frühestens bei der Testamentseröffnung Kenntnis von der Vollmacht. Die auf diese Weise erteilte Vollmacht ist keine Vollm. üdT.; denn sie soll nach dem Willen des Machtgebers zu seinen Lebzeiten keine Wirkung äußern, nur nach seinem Tode. Es handelt sich um eine Vollm. adT., da die Vollmacht nach dem Willen des Machtgebers ausschließlich für die Zeit nach seinem Tode bestimmt ist. Die Besonderheit der Vollmacht besteht darin, daß der Machtgeber das erbrechtliche Ziel seiner Vollmacht bewußt verschweigt. Es fehlt die besondere rechtsgeschäftliche Erklärung, daß die Wirksamkeit der Vollmacht von seinem Tode abhängt. Der Mangel wird dadurch ausgeglichen, daß der Machtgeber den Zugang der Bevollmächtigungserklärung so steuert, daß sie dem Bevollmächtigten erst nach seinem

---

9) In der vorliegenden Arbeit über die Vollm. adT. kann daher auch die Literatur zur Vollm. üdT. herangezogen werden, soweit sie die Gültigkeit der Vollm. üdT. auf eine Erbenklausel stützt.

10) Die neuere Rspr. hält es für zulässig, eine Bevollmächtigungserklärung in ein Testament aufzunehmen, und erblickt darin die "Abgabe" der Bevollmächtigungserklärung. Eine Willenserklärung sei nicht nur dann "abgegeben", wenn der Erklärende sie an den Empfangsberechtigten abgesandt habe; es genüge, wenn der Erklärende die Erklärung in anderer Weise so in den Rechtsverkehr gebracht habe, daß er mit dem Zugang an den Empfangsberechtigten rechnen konnte. Der Zugang der wirksam abgegebenen Bevollmächtigungserklärung kann gem. § 130 II BGB auch nach dem Tode des Machtgebers erfolgen. -

So LG Siegen NJW 1950/226 Nr. 4 = DNotZ 1950/164; OLG Köln NJW 1950/702 Nr. 10 = DNotZ 1951/36; zustimmend Lindemann DNotZ 1951/215; Staudinger - Coing § 167 Anm. II 3 d Note 6; BGB - RGRK § 167 Anm. 1; Erman/Böhle - Stamschräder § 167 Anm. 2.

(des Machtgebers) Tod zugeht. Es bestehen keine Bedenken, eine solche Vollmacht nach den Regeln der Vollm. adT. zu behandeln, obwohl sie sich äußerlich als gewöhnliche, lebzeitige Vollmacht darstellt; denn entscheidend muß das vom Machtgeber verfolgte Ziel sein, und Ziel der Vollm. adT. wie auch der geschilderten "Testamentsvollmacht" ist es, eine lebzeitige Bindung des Machtgebers zu vermeiden und die Vollmachtswirkungen ausschließlich in die Zeit nach dem Tode des Machtgebers zu verlegen. -

In der vorliegenden Abhandlung soll nur die Vollm. adT. behandelt werden. Einmal deswegen, weil die Vollm. adT. nicht so oft und nicht so eingehend wie die Vollm. üdT. behandelt worden ist. Ferner deswegen, weil die Zulässigkeit der Vollm. adT. bis heute bestritten ist, während die Zulässigkeit der Vollm. üdT., wenngleich mit wechselnder Begründung, allgemein anerkannt ist. Die Vollm. adT. verdient Interesse vor allem deshalb, weil sie auf der Grenzlinie zwischen den Rechtsgeschäften unter Lebenden und den Verfügungen von Todes wegen, zwischen Allgemeinem Teil und Erbrecht steht. Die Vollm. adT. ist ihrem Typus nach ein lebzeitiges Rechtsgeschäft, ihrem Inhalt nach jedoch eine Verfügung von Todes wegen. Diese Doppelnatur durchzieht das ganze Recht der Vollm. adT. und bedingt einen guten Teil ihrer Schwierigkeiten. Sie verlangt immer wieder die Überlegung, wie die Vollm. adT. richtig einzuordnen sei.

## § 2

### Die Vollmacht adT. als materielle 'Verfügung von Todes wegen

Die Vollm.adT. hat nicht die äußere Form einer Verfügung von Todes wegen. Sie gehört als Vollmacht einem Rechtsgeschäftstypus an, der vom Gesetz als Rechtsgeschäft unter Lebenden aufgefaßt wird; zu Recht, da die überwiegende Mehrzahl aller Vollmachten dem rechtsgeschäftlichen Verkehr unter Lebenden dient und eine Regelung von Nachlaßgeschäften nicht beabsichtigt ist. Die Vollmacht ist überdies formlos, sie bedarf gemäß § 167 II BGB auch dann keiner Form, wenn das Rechtsgeschäft, zu dem sie ermächtigt, seinerseits formbedürftig ist.

Wenn daher die Frage aufgeworfen wird, ob die Vollm.adT. eine Verfügung von Todes wegen sei, so wird der Begriff der Verfügung von Todes wegen nicht im förmlichen Sinne verstanden. Unter Verfügung von Todes wegen im förmlichen Sinne sind nur die beiden Rechtsgeschäftstypen zu verstehen, die dem Erblasser zur Verfügung stehen, um seinen letzten Willen zu erklären, nämlich Testament und Erbvertrag.

Der Begriff der Verfügung von Todes wegen kann auch in einem materiellen Sinne gebraucht werden. Er bedeutet dann eine Aussage über den Inhalt eines Rechtsgeschäftes. Verfügungen von Todes wegen sind alsdann Rechtsgeschäfte, deren Inhalt bestimmten Kriterien genügt; welchen, wird gleich darzulegen sein. Da dieser Begriff der Verfügung von Todes wegen nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt des Rechtsgeschäftes abstellt, spricht man am besten von Verfügungen von Todes wegen im materiellen Sinne oder kürzer von "materiellen Verfügungen von Todes wegen" (mat. Verfügungen vTw.).

Die Frage lautet: Ist die Vollm.adT. - ihre Zulässigkeit unterstellt - eine mat. Verfügung vTw. ? Die Antwort dient zunächst der begrifflichen Einordnung der Vollm.adT. Die Antwort hat aber auch erhebliche sachliche Bedeutung; denn wenn die Vollm.adT. eine materielle Verfügung vTw. darstellt, dann müssen sich Bedenken gegen ihre Zulässigkeit erheben. Die Auffassung liegt nahe, daß der Erblasser auf die mat. Verfügungen vTw. beschränkt ist, die ihm das Erbrecht zur Verfügung stellt (z.B. Erbeinsetzung, Vermächtnisanordnung, Einsetzung eines Testamentsvollstreckers usw.), und daß es ihm verwehrt ist, neue mat. Verfügungen vTw. einzuführen. Man könnte befürchten, daß der Erblasser die erbrechtlichen Formvorschriften und die sachlichen Vorschriften, die das Gesetz zum Schutze aller Nachlaßbeteiligten aufstellt, umgehen würde, wenn er außerhalb des Erbrechts nach freiem Belieben Rechtsgeschäfte unter Lebenden in mat. Verfügungen vTw. umwandeln könnte. Ist die Vollm.adT. dennoch zulässig, wie darzulegen sein wird, so muß ihre Eigenschaft als mat. Verfügung vTw. bei der Entscheidung zahlreicher Einzelfragen (z.B. Verhältnis des Bevollmächtigten adT.

zum Testamentsvollstrecker) berücksichtigt werden. Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, die Rechtsnatur der Vollm.adT. als mat. Verfügung vTw. zu prüfen. -

Der Begriff der mat. Verfügung vTw. ist im Gesetz nirgend festgelegt. Wenn man jedoch alle Rechtsgeschäfte überblickt, die mit Sicherheit mat. Verfügungen vTw. sind, weil sie als Rechtsgeschäfte unter Lebenden gar nicht gedacht werden können (z.B. Erbeinsetzung, Vermächtnis, Testamentsvollstreckung, Pflichtteilentzug u. a. m.), so lassen sich folgende Begriffsmarkmale aufzählen:

1.<sup>1)</sup> Die mat. Verfügung vTw. ist ein Rechtsgeschäft, dessen Entstehung auf den Todesfall des Erblassers abgestellt ist. Sie ist ein Rechtsgeschäft auf den Todesfall. Der Tod des Erblassers ist Voraussetzung für den Eintritt der als gewollt erklärten Rechtsfolge<sup>1)</sup>. Die Rechtsfolge, meist eine dingliche Zuwendung, ist nur für den Fall des Todes des Erblassers gewollt und darf erst in diesem Zeitpunkt wirksam werden, möglicherweise auch noch später<sup>2)</sup>, keinesfalls jedoch früher. Darüber herrscht allgemeine Übereinstimmung<sup>3)</sup>.

Dieses Merkmal trifft auf die Vollm.adT. mit Notwendigkeit zu, weil der Begriff der Vollm.adT. von vornherein so festgelegt wurde, daß darunter nur eine Vollmacht zu verstehen ist, deren Entstehung auf den Tod des Machtgebers (= Erblassers) abgestellt ist<sup>4)</sup>.

- 
- 1) Es genügt nicht, daß der Tod des Erblassers das Motiv des Rechtsgeschäftes bildet. Wenn der Erblasser rechtsgeschäftliche Anordnungen trifft, weil er mit seinem baldigen Tod rechnet, die Anordnungen hiervon unabhängig aber auch vor seinem Tode vollzogen werden dürfen, dann liegt keine mat. Verfügung vTw. vor; vgl. Boehmer, Festschrift S. 294, 295. Der Wille des Erblassers muß vielmehr darauf gerichtet sein, daß die Anordnungen nur für den Fall des Todes und erst mit diesem Zeitpunkt gelten.
  - 2) Boehmer, Festschrift S. 293.
  - 3) So z.B. Enneccerus-Nipperdey § 147 I 1; BGB-RGRK Anm. 2 vor § 1937; Erman-Bartholomeyczik § 1937 Anm. 2; Bartholomeyczik, Kurzlehrbuch § 14 II 2; Endemann Bd. III 1 § 29 I b S. 205.
  - 4) Vieltach wird davon gesprochen, daß der Tod des Erblassers Bedingung für das Entstehen der mat. Verfügung vTw. sei; so z.B. von Boehmer, Festschrift S. 293, 294; Eule S. 53; Poischen S. 11; Melsheimer S. 2. Von einer Bedingung kann man aber nur dann sprechen, wenn die Rechtsfolge von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängt. Der Tod des Erblassers ist ein sicheres, wenngleich zeitlich unbestimmtes Ereignis (dies certus an, incertus quando). Es handelt sich vielmehr um eine Zeitbestimmung, und zwar um einen Anfangstermin (§ 163 BGB); so auch König S. 39, 40. Eine

2.) Ein weiteres Merkmal der mat. Verfügungen vTw. besteht darin, daß die Rechtsfolge nur dann eintritt, wenn der letztwillig Bedachte den Tod des Erblassers überlebt<sup>5)</sup>. Das Überleben des Bedachten ist Rechtsbedingung für die Wirksamkeit der als gewollt erklärten Rechtsfolge. Daß es sich bei dem Überleben des Bedachten um ein notwendiges Merkmal jeder mat. Verfügung vTw. handelt, ergibt sich auch aus § 2301 Abs. 1 BGB; denn wenn das Gesetz ein Schenkungsversprechen dann den Vorschriften über Verfügungen vTw. unterstellt, wenn es unter der Bedingung des Überlebens des Beschenkten steht, so muß diese Bedingung ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen vTw. sein.

Allerdings kann der Erblasser der durch das Vorversterben des Bedachten entstehen- den Unwirksamkeit seiner Verfügung vorbeugen, indem er für diesen Fall Ersatzverfügungen trifft, z.B. einen Ersatzerben oder einen Ersatzvermächtnisnehmer bestimmt. Aber die Ersatzverfügung ist eine andere Verfügung als die ursprüngliche Verfügung. Ursprüngliche Verfügung und Ersatzverfügung sind zwei selbständige, voneinander getrennte Verfügungen, die nur insofern zusammenhängen, als die Ersatzverfügung durch die Unwirksamkeit der Erstverfügung aufschiebend bedingt ist. Die Möglichkeit einer Ersatzverfügung ändert also nichts daran, daß die Erstverfügung mangels Überlebens des Bedachten unwirksam ist, und folglich auch nichts daran, daß das Überleben des Bedachten eine wesentliche Voraussetzung für die Wirksamkeit und den Begriff der mat. Verfügung vTw. darstellt.

Auch die Vollm.adT. hat zur Voraussetzung, daß der Bevollmächtigte adT. den Machtgeber überlebt<sup>6)</sup>; denn da Vollmacht Befugnis zum Handeln bedeutet, kann nur ein Lebender Vollmacht erwerben. Die Bedingung, daß der Bevollmächtigte adT. den Tod des Machtgebers überleben müsse, braucht anders als bei der Schenkung vTw. nicht eigens durch rechtsgeschäftliche Erklärung (aufschiebende Bedingung) in den Tatbestand der Vollm.adT. eingefügt werden, sondern ist, weil denknotwendig, eine gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Vollm.adT. und gehört zu ihrem Begriff. Die Vollm.adT. erweist sich daher auch unter diesem Kriterium als mat. Verfügung vTw.

---

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 8:

Bedingung liegt nur insofern vor, als der Bedachte (= Bevollmächtigte adT.) den Tod des Erblassers überleben muß; vgl. Ziff. 2 des Textes. - Unschädlich ist dagegen der neutrale Ausdruck "Voraussetzung", den z.B. Kipp, Festschrift S. 136; Ettlinger S. 22; Strohal S. 81, 82 verwenden.

5) So z.B. Boehmer, Festschrift S. 293, 294; Staudinger-Boehmer, Einleitung zum Erbrecht § 26 Anm. I Note 1; Endemann § 29 I b S. 205; Enneccerus-Nipperdey § 147 I 1 S. 912.

6) So ausdrücklich Fischer S. 35 Anm. 102.

Auch bei der Vollm. adT. besteht die Möglichkeit, daß der Machtgeber "vorlassen" für den Fall des Vorversterbens des Bevollm. adT. Vorange getroffen und die Vollm. adT. hilfsweise einer anderen Person, etwa dem Erben des Bevollm. adT., anvertraut hat. Eine solche "Ersatzvollmacht adT." ist unbedenklich möglich. Sie ist eine Vollm. adT., die in doppelter Weise ausdrücklich bedingt ist, einmal durch das Vorversterben des Erstbevollm. adT., zum anderen durch das Überleben des Ersatzbevollm. adT. Eine andere Frage ist es, ob man eine stillschweigende Ersatzvollm. adT. zugunsten der Erben des Erstbevollm. adT. annehmen darf, wenn der Machtgeber sich über das Vorversterben des Bevollm. adT. nicht erklärt hat. Das ist eine Frage der Auslegung der Vollm. adT. im Einzelfall. Grundsätzlich wird man eine Ersatzvollm. adT. verneinen müssen. Jede Vollmacht setzt ein persönliches Vertrauen des Machtgebers in den Bevollmächtigten voraus, und das gilt in besonderem Maße für die Vollm. adT., bei der der Machtgeber in das stellvertretende Handeln des Bevollmächtigten nicht mehr selbst eingreifen kann. Aus dieser Interessenslage wird man folgen lassen, daß grundsätzlich nur der Bevollmächtigte selbst<sup>7)</sup>, nicht auch seine Erben die Vollm. adT. erwerben sollen, jedoch kann sich aus den Umständen der Vollmachtserteilung ergeben, daß der Machtgeber auf alle Fälle eine Vollm. adT. erteilt haben wollte und demgegenüber die Person des Bevollm. adT. unwichtig war.<sup>8)</sup> Die Auslegung führt dann zu dem Ergebnis, daß die Erben des Bevollm. adT. die Vollm. adT. erwerben, wenn der Bevollm. adT. vor dem Machtgeber verstorben ist.

3. Nicht alle Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit vom Tode des Verfügenden und dem Überleben des Bedachten abhängt, sind jedofornat. Verfügungen vTw.<sup>9)</sup> Die Abstellung des rechtsgeschäftlichen Erfolges auf den Todesfall ist ein notwendiges, aber kein hinreichendes Kriterium für das Vorliegen einer mat. Verfügung vTw. Das weitere Merkmal, das zu einem Rechtsgeschäft hinzutreten muß, um ihm den Charakter einer mat. Verfügung vTw. zu verleihen, besteht in dem Gegenstand des Rechtsgeschäftes. Dieser Gegenstand darf allein der Nachlaß des Verfügenden sein. Das betreffende Rechtsgeschäft muß objektiv, d.h. nach sei-

7) BGB-RGRK § 168 Anm. 7; Fischer S. 35 Anm. 102; KG JW 1939/482.

8) Nach KG JW 1939/482 erlischt die dem Käufer eines Grundstücks vom Verkäufer erteilte (lebzeitige) Vollmacht, sich das Grundstück selbst aufzulassen, in der Regel nicht mit dem Tode des Käufers, sondern geht auf dessen Erben über, weil eine solche Auflassungsvollmacht im alleinigen Interesse des Käufers erteilt sei, seinen Auflassungsanspruch sichere, während das Vertrauensmoment in den Hintergrund trete.

9) So zutreffend Kipp, Luitpold-Festschrift S. 136; Ettlinger S. 22; Poischen S. 11; Mook S. 35; aM. offenbar Melsheimer S. 2 (ohne nähere Begründung).

nem Inhalt, und subjektiv, d.h. nach der Absicht des Erblassers, eine Einwirkung des Erblassers auf sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode zum Gegenstand haben <sup>10)</sup>, und zwar muß das Rechtsgeschäft ausschließlich den Nachlaß betreffen. Eine mat. Verfügung vTw. scheidet aus, sobald das Rechtsgeschäft noch zu Lebzeiten des Erblassers irgendwelche Einwirkungen auf sein gegenwärtiges (lebzeitiges) Vermögen äußert. Eine Einwirkung auf das lebzeitige Vermögen des Erblassers liegt, wie der Bundesgerichtshof <sup>11)</sup> ausgeführt hat, immer dann vor, wenn das Rechtsgeschäft eine unmittelbare dingliche Rechtsänderung im gegenwärtigen Vermögensbestand des Erblassers erzeugt oder sein Vermögen unmittelbar mit Verbindlichkeiten belastet. Ebenso hat schon das Reichsgericht <sup>12)</sup> den Unterschied zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Rechtsgeschäften von Todes wegen darin erblickt, daß Rechtsgeschäfte unter Lebenden das gegenwärtige Vermögen des Erblassers (schuldrechtlich oder dinglich) belasten, wogegen der Erblasser bei der Verfügung vTw. weder schuldrechtlich noch dinglich in seiner Verfügung beschränkt werde <sup>13)</sup>. Es kommen hauptsächlich 2 Fallgruppen in Betracht, wo ein auf den Todesfall des Erblassers abgestelltes Rechtsgeschäft keine mat. Verfügung vTw. darstellt, sondern ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, weil seine Wirkungen wenigstens teilweise noch bei Lebzeiten des Erblassers eintreten:

a) Die aufschiebend bedingte Verfügung. Der Erblasser übereignet der Person, die er letztwillig bedenken will, bereits zu Lebzeiten die Vermögensgegenstände,

---

10) H.M.; vgl. Staudinger-Lehmann, Vorbem. zu §§ 1937-1941, Anm. II Note 9; BGB-RGRK, Anm. 2 vor § 1937; Hemmersbach S. 27 (durch die Verfügung vTw. bestimme der Erblasser über die Schicksale seines Vermögens nach seinem Tode); Kipp, Luitpold-Festschrift S. 136, 137; Endemann Bd. III 1 § 29 I S. 204; Poischen S. 11 (Verfügungen vTw. müssen sich auf den Nachlaß beziehen); Leonhard § 1937 Anm. II A (Verfügung vTw. sei eine Bestimmung, die erbrechtliche Wirkung habe, also erst nach dem Tode des Erblassers zu wirken bestimmt sei); Mook S. 34, 35 (Verfügungen vTw. seien dazu bestimmt, die Verhältnisse einer Person für die Zeit nach ihrem Tode zu ordnen); König S. 38 (Verfügungen vTw. seien Rechtsgeschäfte, die sich nach der Absicht des Zuwendenden mit der "Nachlaßregulierung" befassen); sehr klar Pieper S. 11; die Verfügung vTw. habe ausschließlich (!) die Regelung von Rechtsverhältnissen des Erblassers nach seinem Tode zum Inhalt.

11) Beschluß vom 12.11.1952, BGHZ 8/23 ff. = DNotZ 1953 S. 275 ff.

12) Seuff. Archiv Bd. 77 Nr. 60 S. 102, 103.

13) So auch Hemmersbach S. 42 (im Anschluß an die erwähnte RG-Entscheidung); ferner Endemann Bd. III 1 § 29 I a S. 204.

die er ihr zugedacht hat. Die Übereignung soll aber erst mit dem Tode des Erblassers wirksam werden (Anfangstermin, und steht unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker (Erblasser) überlebt. Diese aufschiebend bedingte und aufschiebend befristete Verfügung (im Sinne des Sachenrechts!) ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden <sup>14)</sup>. Der volle rechtsgeschäftliche Erfolg tritt zwar erst mit dem Tode des Verfügenden ein. Es gibt jedoch Vorstufen des vollen rechtsgeschäftlichen Erfolges, und diese wirken sich hier bereits zu Lebzeiten des Verfügenden aus, berühren unmittelbar sein gegenwärtiges Vermögen. Denn der Erblasser hat, obwohl ihm der bedingt verschenkte Vermögensgegenstand bis zu seinem Tode noch gehört, bereits das Verfügungsrecht und die Verfügungsmacht über ihn verloren (§ 161 Abs. 1 BGB) <sup>15)</sup>. Die Rechtsstellung des Erblassers ist bezüglich des betreffenden Vermögensgegenstandes bereits zu Lebzeiten des Erblassers unmittelbar eingeschränkt. Umgekehrt hat der Beschenkte durch die aufschiebend bedingte Verfügung bereits bei Lebzeiten des Erblassers eine rechtlich gesicherte und vom Erblasser grundsätzlich nicht mehr zerstörbare Erwerbsanswartschaft erlangt <sup>16)</sup>.

b) Betagte Schuldverhältnisse. Oft begründet der Erblasser noch in seiner Person Verbindlichkeiten, die schon zu seinen Lebzeiten voll wirksam sind, aber erst nach seinem Tode erfüllt zu werden brauchen; so etwa, wenn sich der Erblasser in einem Gutsüberlassungsvertrag verpflichtet, sein Anwesen zu übertragen, aber die Auflassung erst nach seinem Tode erklärt werden soll (so der Fall BGHZ 8/23ff.), wobei der Erwerber in solchen Fällen meist die Vollm. adT. erhält, sich die Vertragsgrundstücke nach dem Tode des Erblassers selbst aufzulassen. Solche betagten Verbindlichkeiten sind keine Rechtsgeschäfte von Todes wegen <sup>17)</sup>, weil das

---

14) Im Zusammenhang der Schenkung vTw. (§ 2301 BGB) bedeutet das, daß die aufschiebend bedingte Übereignung des geschenkten Gegenstandes einen Vollzug des Schenkungsversprechens im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB darstellt, was einhellige Meinung ist; vgl. Staudinger-Boehmer, Einleitung zum Erbrecht, § 26 Anm. IV 5 Note 16; Staudinger-Lehmann, Vorbem. II 3 Note 13 vor § 1937; Staudinger-Dittmann § 2301 Anm. V 2 Note 19; BGB-RGRK § 2301 Anm. 13; Kipp-Coing § 81 II 2 S. 342; Boehmer, RG-Festschrift S. 302; Ettlinger S. 22.

15) Daran ändert auch die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes durch dritte Personen (§ 161 Abs. 3 BGB) nichts.

16) Boehmer, RG-Restschrift S. 293.

17) H. M.; vgl. Boehmer, RG-Festschrift S. 296; Endemann Bd. III 1 § 29 I a S. 204; Staudinger-Dittmann § 2301 Anm. IV 5 Note 14; BGB-RGRK Anm. 3 vor § 1937; Erman-Hense § 2301 Anm. 2; Leonhard § 1937 Anm. II A; Mook S. 34; BGHZ 8/23 ff. (31).

Vermögen des Erblassers bereits zu seinen Lebzeiten mit einer wirksamen Verbindlichkeit belastet wird, mag auch ihre Fälligkeit bis zu seinem Tod oder noch später hinausgeschoben sein. Daß die Verbindlichkeit schon vor dem Tode des Erblassers voll wirksam ist, zeigt sich insbesondere daran, daß der Erblasser seine Pflichten aus der Verbindlichkeit verletzen und deswegen schadensersatzpflichtig werden kann, etwa weil er die betagt verkaufte Sache vertragswidrig an einen Dritten weiterveräußert hat. Hierin unterscheidet sich das Vermächtnis scharf von der betagten Verbindlichkeit. Der Erblasser kann mit der vermachten Sache nach Belieben verfahren, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen<sup>18)</sup>. Das Vermächtnis und jede andere Verfügung vTw. belastet den Erblasser zu seinen Lebzeiten nicht; umgekehrt hat der letztwillig Bedachte zu Lebzeiten des Erblassers keinen Anspruch auf Erwerb bestimmter Gegenstände gegen den Erblasser, nicht einmal eine Erwerbsanwartschaft, sondern lediglich eine Aussicht (Chance, Hoffnung) auf künftigen (!) Erwerb aus dem Nachlaß.

Bei den betagten Verbindlichkeiten ist der Tod des Erblassers also nicht Voraussetzung für die Entstehung der Verbindlichkeit, sondern nur Voraussetzung für ihre Fälligkeit.

Wendet man das Kriterium der "Nachlaßeinwirkung" auf die Vollm. adT. an, so erweist sie sich als mat. Verf. vTw. Die Vollm. adT. bewirkt im derzeitigen Vermögen des Erblassers weder dinglich noch schuldrechtlich eine unmittelbare Rechtsänderung, sondern bereitet nur künftige (postmortale) Änderungen vor<sup>19) 20)</sup>. Änderungen in dinglicher oder schuldrechtlicher Hinsicht können sich erst dann ergeben, wenn der Bevollmächtigte adT. aufgrund der Vollmacht irgendwelche Rechtsgeschäfte abschließt. Da die Vollm. adT. aber erst mit dem Tode des Machtgebers wirksam wird, können diese Rechtsgeschäfte das lebzeitige Vermögen des Erblassers nicht mehr berühren, sondern nur den Nachlaß.

---

18) Nur in dem Ausnahmefall des § 2288 BGB, wenn das Vermächtnis vertragsmäßig angeordnet war und der Erblasser die Erwerbsaussicht des Bedachten böswillig beeinträchtigt hat, tritt eine Wertersatz- bzw. Verschaffungspflicht ein, und zwar zu Lasten des Erben.

19) So auch Fischer S. 35/36; Kettler S. 52; Hemmersbach S. 43.

20) Im Rahmen des § 2301 BGB ist allgemein anerkannt, daß eine Vollmacht, selbst wenn sie den Bevollmächtigten schon zu Lebzeiten des Erblassers zum Handeln ermächtigt, kein Schenkungsvollzug im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB darstellt; vergl. Staudinger - Dittmann § 2301 Anm. V 3 Note 21; Staudinger-Boehmer, Einl. zum Erbrecht, § 26 IV 6 Note 18; BGB-RGRK § 2301 Anm. 10; Erman-Hense § 2301 Anm. 3 c; Kipp-Coing § 81 II 2 c; a. M. Röttemann NJW 1959/662.

Allerdings stellt schon das bloße Vorhandensein einer Vollmacht eine Einwirkung auf das Vermögen des Machtgebers dar, selbst wenn der Bevollmächtigte noch keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat. Der Bevollmächtigte ist aufgrund der Vollmacht jederzeit in der Lage, auf das Vermögen des Machtgebers einzuwirken. Diese Möglichkeit der Einwirkung, der der Erblasser sein Vermögen ausgesetzt hat und die sich jederzeit verwirklichen kann, solange die Vollmacht nicht widerrufen ist, stellt eine potentielle Belastung des Vermögens des Machtgebers dar. Aber bei der Vollm. adT. ist eine solche "Bindungslage" und damit eine Einwirkung (Belastung) auf das Vermögen des Machtgebers zu dessen Lebzeiten noch nicht gegeben, da die Vollm. adT. eben erst mit dem Tode des Machtgebers wirksam wird. Auch diese schwächere Art der Einwirkung trifft bei der Vollm. adT. nur den Nachlaß, so daß sich die Vollm. adT. auch unter diesem Gesichtspunkt als materielle Verf. vTw. erweist.

Dieses Ergebnis ist allerdings nicht unbestritten <sup>21)</sup>;

a) Von vielen Autoren wird der Begriff der Nachlaßeinwirkung zu eng gefaßt, indem ähnlich starke Bindungen des Erben verlangt werden, wie sie etwa ein Vermächtnis oder eine TV. mit sich bringen. Es wird geltend gemacht, daß der Beauftragte (Bevollmächtigte) adT. durch den Auftrag (die Vollmacht) adT. kein selbständiges, unentziehbares Recht auf Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts wider den Willen des Erben erlange; denn die Tätigkeit des Beauftragten (Bevollmächtigten) adT. könne durch Widerruf seitens des Erben jederzeit beendet werden. Die Vollm. adT. sei insbesondere nicht mit einem Vermächtnis zu vergleichen, da der Vermächtnisnehmer einen eigenen obligatorischen Anspruch gegen den Erben unmittelbar vom Erblasser erlange, während der durch Auftrag und Vollm. adT. Begünstigte einen solchen Anspruch erst erwerbe, wenn der Bevollm. adT. mit ihm ein entsprechendes Rechtsgeschäft abschließe, was die Erben durch Widerruf verhindern könnten.

Dieser Meinung, die also wesentlich auf die Bestandsfestigkeit der Verfügung des Erblassers abstellt und insbesondere von Ebbecke <sup>22)</sup>, Ettlinger <sup>23)</sup> und Poischen <sup>24)</sup> vertreten wird <sup>25)</sup>, ist entgegenzuhalten, daß nicht einseitig auf den durchsetz-

21) Ohne nähere Begründung wird das Vorliegen einer mat. Verf. vTw. von Planck-Flad, Vorbem. 6 vor § 2197, Raettig S. 17 und Kettler S. 15, S. 53 Anm. 15 abgelehnt.

22) Recht 1916 Sp. 338.

23) S. 86/87, S. 94.

24) S. 24.

25) Ähnlich auch Kleinschmidt S. 72 (er zieht zum Vergleich die Testamentsvollstreckung heran); Hemmersbach S. 27; Lamberg S. 43.

baren Anspruch des Vermächtnisnehmers abgestellt werden darf. Zwar ist die Mehrzahl der mat. Verf. vTw. so beschaffen, daß sie unmittelbar durch den Erbfall dingliche oder obligatorische Rechtsänderungen im Nachlaß bewirken und damit eine für den Begünstigten grundsätzlich unentziehbare Rechtsstellung erzeugen. Jedoch ist damit nicht gesagt, daß nur solche Rechtsgeschäfte mat. Verf. vTw. sein könnten. Maßgebend für den Begriff der mat. Verf. vTw. kann nur sein, daß die betreffende Verfügung des Erblassers irgendeine Einwirkung auf den Nachlaß hervorruft, mag diese auch nicht bestandsfest sein, wenn sie nur ausschließlich nach dem Tode des Erblassers stattfindet. Rechtsgeschäfte wie Auftrag und Vollm. adT., die infolge der Widerrufsmöglichkeit nicht mit Sicherheit eine dingliche oder obligatorische Rechtsänderung im Nachlaß herbeiführen, außerdem eines Ausführungsgeschäftes durch die Mittelsperson bedürfen, um die gewollte Rechtsänderung zu erreichen, sind mat. Verf. vTw. schwächerer Art, aber doch mat. Verf. vTw. Als Rechtsgeschäft unter Lebenden kann die Vollm. adT. nicht begriffen werden, weil sie keinerlei Einwirkung auf das lebzeitige Vermögen des Erblassers bedeutet; und eine dritte Gruppe von Rechtsgeschäften neben den Rechtsgeschäften unter Lebenden und den mat. Verf. vTw. ist dem Gesetz unbekannt.

Die Unterschiede, welche die Vollm. adT. gegenüber Vermächtnis und Schenkung vTw. aufweist, haben Bedeutung für die Frage, ob die Vollm. adT., wenn sie zu Schenkungen aus dem Nachlaß ermächtigt, eine unzulässige Umgehung des Vermächtnisses oder der Schenkung vTw. darstellt; darüber unten § 4. Eine Umgehung muß wegen der großen Unterschiede zwischen beiden Instituten in der Tat verneint werden. Jedoch schließen diese Unterschiede nicht aus, daß die Vollm. adT. zu den mat. Verf. vTw. zählt.

b) Manche Autoren, wie Ettliger<sup>26)</sup> und Poischen<sup>27)</sup>, ferner auch Lamberg<sup>28)</sup>, wollen der Vollm. adT. eine Nachlaßeinwirkung mit der Erwägung absprechen, daß die Vollm. adT. die endgültige postmortale Zuwendung nur vorbereite. Auftrag und Vollm. adT. seien von dem Rechtsgeschäft, das der Bevollm. adT. auf Grund seiner Ermächtigung nach dem Tode des Erblassers vornehme (sog. Hauptgeschäft), zu unterscheiden. Während das Hauptgeschäft, sofern es sich um eine unentgeltliche Zuwendung handle, als eine dem § 2301 Abs. 1 BGB unterliegende mat. Verf. vTw. aufgefaßt wird, wird die Vollm. adT. noch als Rechtsgeschäft unter Lebenden betrachtet.

Hierzu ist zu sagen, daß die Befugnis des Bevollmächtigten, Rechtsgeschäfte für und gegen den Rechtsträger abzuschließen, für sich allein schon eine Belastung des

---

26) S. 86 ff., S. 106 ff.

27) S. 12, S. 24.

28) S. 43.

Nachlasses und damit eine Einwirkung auf den Nachlaß darstellt. Die Einwirkungsmöglichkeit ist eine Beeinträchtigung des Nachlasses, weil sie sich, solange kein Widerruf erfolgt ist, jederzeit gegen den Nachlaß vollenden kann. Man kann das Hauptgeschäft und die vorbereitende Vollmacht begrifflich nicht trennen <sup>29)</sup>. Wenn das Hauptgeschäft eine mat. Verf. vTw. ist, dann muß die Vollmacht, deren einziges Ziel eben dieses Hauptgeschäft ist, dessen Rechtsnatur teilen, jedenfalls dann, wenn die Vollm. adT. definitionsgemäß keine Einwirkung auf das lebzeitige Vermögen des Machtgebers hat und daher nicht gut ein Rechtsgeschäft unter Lebenden sein kann.

c) Die besondere Lehre Endemanns, daß der Erblasser durch die Vollm. adT. dem Nachlaß Rechte entziehen und seiner postumen Rechtsmacht vorbehalten könne, womit die Vollm. adT. ein Rechtsgeschäft unter Lebenden bleibt, wird des Zusammenhangs wegen in § 8 näher behandelt.

d) Ein anderer Versuch, die Vollm. adT. aus dem Kreis der mat. Verf. vTw. auszuschneiden (und damit ihre Gültigkeit nachzuweisen), liegt in der Ansicht, daß die Vollm. adT. bereits zu Lebzeiten des Machtgebers bestehe oder wenigstens bestehen könne. Insbesondere Eule <sup>30)</sup> hält es für möglich, daß das Vollmachtsverhältnis bereits zu Lebzeiten des Machtgebers wirksam sei und nur der Inhalt der Vollmacht sich auf Handlungen beziehe, die erst nach dem Tode des Machtgebers vorgenommen werden sollen. Davon zu unterscheiden ist nach Eule eine Vollmacht, bei der die Wirksamkeit wirklich (!) erst vom Tode des Machtgebers abhängig gemacht ist, bei der also nach dem Willen des Machtgebers sein Tod erst Erfordernis der Vollendung des Tatbestandes der Vollmacht ist. Dementsprechend hält Eule <sup>31)</sup> die erstgenannte Vollmacht, bei der der Tatbestand der Bevollmächtigung schon vor dem Tode des Machtgebers bedingungslos vollendet sei, nicht für eine Verf. vTw., dagegen sei die letztgenannte Vollmacht, bei der nach dem Willen des Machtgebers sein Tod erst Bedingung für die Wirksamkeit der Vollmacht sei, eine Verf. vTw.

Diese Unterscheidung ist unmöglich. Daß sie praktisch kaum durchführbar ist, muß Eule selbst zugeben. Man kann bei einer Forderung oder bei einer Verbindlichkeit sagen, die Forderung (Verbindlichkeit) bestehe schon jetzt, könne aber

---

29) Auch Poischen S. 12 muß einräumen, daß die Trennung formalistisch sei, da Auftrag und Vollmacht nur in engem Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft gesehen werden dürften.

30) Seite 49-51; ähnlich Poischen S. 19, 24; Kettler S. 53; Neumann S. 53/54.

31) Seite 53.

erst später geltend gemacht werden. Wenn aber der Machtgeber eine Vollmacht zeitlich so festlegt, daß der Bevollmächtigte erst zu einem bestimmten Zeitpunkt für ihn handeln kann, so hat der Bevollmächtigte bis zu diesem Zeitpunkt eben noch keine Vollmacht. Da die Vollmacht ein Handelnkönnen für einen anderen bedeutet, ist es undenkbar, daß eine Vollmacht schon besteht, bevor der Bevollmächtigte befugt ist, mit Wirkung für und gegen den Machtgeber zu handeln; das wäre ein Widerspruch in sich selbst. Es kann höchstens so sein, daß der Bevollmächtigte schon vor dem festgesetzten Zeitpunkt eine wirksame Vollmacht besitzt, das zugrunde liegende Schuldverhältnis (z. B. Auftrag) ihm aber verbietet, von der Vollmacht Gebrauch zu machen; der Bevollmächtigte kann dann den Machtgeber sofort vertreten, darf es aber noch nicht.

Die Meinung Eules<sup>32)</sup> kann auch nicht mit der Erwägung gehalten werden, daß zu Lebzeiten des Machtgebers bereits eine aufschiebend bedingte oder aufschiebend befristete Vollmacht bestehe. Diese Annahme ändert nichts daran, daß zu Lebzeiten des Machtgebers keinerlei Einwirkung auf sein Vermögen stattfindet; nur die Vollmacht selbst wäre eine (potentielle) Belastung, weil der Machtgeber den Rechtsgeschäften seines Bevollmächtigten ausgesetzt wäre und sie gegen sich gelten lassen müßte. Vorstufen der Vollmacht haben diesen Erfolg nicht und sind daher keine Belastung des Vermögens des Machtgebers. Eine aufschiebend bedingte Vollmacht darf nicht auf eine Stufe mit der aufschiebend bedingten Übertragung eines Vermögensgegenstandes gestellt werden, da letztere bereits zu Lebzeiten des Erblassers eine dingliche Belastung seines Vermögens darstellt und auf seinen des Vertragsgegners eine feste Erwerbsanwartschaft erzeugt.

Die von Eule getroffene Unterscheidung kann man nur beim Auftrag adT. vollziehen. Der Auftrag adT. kann nicht nur in der Weise erteilt werden, daß der Tod des Auftraggebers (und das Überleben des Beauftragten) tatbestandliche Voraussetzung für das Entstehen des Auftrags auf den Todesfall ist. Einen Auftrag adT. kann man sich vielmehr auch in der Weise vorstellen, daß das Auftragsverhältnis (der Auftrag als Schuldorganismus) bereits zu Lebzeiten des Auftraggebers voll wirksam entstanden ist und nur sein Inhalt auf eine postmortale Tätigkeit des Beauftragten gerichtet ist<sup>33)</sup>. Die Pflicht des Beauftragten, die bereits zu Lebzeiten

32) Ablehnend auch Neumann S. 47 Anm. 1.

33) So auch Eule S. 49-51; Breier S. 37/38; Poischen S. 3; Neumann S. 48/49; Raettig S. 16. In der Praxis ist diese Unterscheidung außerordentlich schwierig, weil sich kaum ein Auftraggeber Gedanken darüber machen wird, ob der Auftrag schon zu Lebzeiten wirksam sein soll oder nicht. Nach Eule S. 50 spricht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen eines uneigentlichen Auftrags adT.; ähnlich Poischen S. 3, König S. 39/40. Umgekehrt erblickt Breier S. 38 in dem eigentlichen Auftrag adT. diejenige Form, die im Zweifel dem mutmaßlichen Parteiwillen entspricht.

des Auftraggebers wirksam entstanden ist, wird erst nach seinem Tode fällig. Man kann im letzteren Falle, strenggenommen, nicht mehr von einem Auftrag auf den Todesfall sprechen, da dieser Begriff entsprechend der Begriffsbildung bei der Vollm. adT. jenen Auftragsverhältnissen vorzubehalten ist, bei denen der Tod des Auftraggebers Entstehungsvoraussetzung ist<sup>34)</sup>. Es handelt sich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden<sup>35)</sup>, nur mit der Besonderheit, daß es auf eine postmortale Tätigkeit des Beauftragten gerichtet ist. Man spricht daher am besten von einem "Auftrag adT. im weiteren Sinne" oder von einem "Auftrag adT. im uneigentlichen Sinne". Eine solche Fallgestaltung ist deswegen möglich, weil es sich beim Auftrag adT. um schuldrechtliche Rechte und Pflichten handelt und weil bei schuldrechtlichen Rechten und Pflichten zwischen Entstehung und Fälligkeit getrennt werden kann, was bei Befugnissen wie der Vollmacht unmöglich ist.

4.) Manche Autoren erblicken den Unterschied zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen von Todes wegen darin, daß der Erblasser bei Rechtsgeschäften unter Lebenden noch selbst ein Vermögensopfer erbringe, bei der Verf. vTw. hingegen erst den Erben oder auch anderen Nachlaßbeteiligten (z.B. Vermächtnisnehmern) ein Vermögensopfer aufbürde. Der Grundgedanke dieser "Opfertheorie"<sup>36)</sup> ist folgender: Wenn der Erblasser zu seinen Lebzeiten eine Schenkung<sup>37)</sup> so weit ausführt, daß der verschenkte Gegenstand vollkommen aus

---

34) Es handelt sich auch nicht um einen Auftrag üdT. Mit diesem hat der uneigentliche Auftrag adT. zwar gemeinsam, daß er schon zu Lebzeiten wirksam ist. Der Auftrag üdT. ist aber darauf gerichtet, daß der Beauftragte schon zu Lebzeiten des Auftraggebers für diesen Geschäfte führen soll. Die Geschäftsführung wird durch den Tod des Auftraggebers unterbrochen. Der Auftrag üdT. befaßt sich mit der Frage, was alsdann mit dem Auftrag zu geschehen hat. Auftrag üdT. und Auftrag adT. haben also einen verschiedenen Inhalt.

35) So auch Poischen S. 11.

36) Sie ist vor allem von Ettliger S. 24 ff. entwickelt worden. Vergl. ferner Fischer S. 17 ff. und Staudinger-Lehmann Vorbem. II 3 Note 14 vor § 1937. Auch BGH NJW 1961/1111 meint, wenn der Erblasser (= Anwesensübergeber) mit dem Rechtsgeschäft noch zu seinen Lebzeiten selbst ein Vermögensopfer erbringe, sei ein vom Gesetz ausdrücklich gestattetes Rechtsgeschäft unter Lebenden (§ 2286 BGB) anzunehmen und daher ein Verstoß gegen das Testierverbot des § 2289 Abs. 1 BGB nicht gegeben.

37) Entgeltliche Rechtsgeschäfte werden von vornherein von der Betrachtung ausgeschlossen; vergl. Ettliger S. 18, Fischer S. 18. Es ist jedoch nicht so, daß die entgeltlichen Rechtsgeschäfte keine Parallele unter den Verf. vTw. hätten. Das Beispiel der Testamentsvollstreckung lehrt das Gegenteil: Der Testamentsvollstrecker darf in Ausübung seiner Aufgaben überhaupt nur entgeltliche Rechtsgeschäfte vornehmen, unentgeltliche sind ihm gemäß § 2205 S. 3 BGB grundsätzlich verwehrt.

seinem Vermögen ausgeschieden ist, so spürt der Erblasser die Folgen seines Tuns in seiner Person, er schädigt sich gewissermaßen selbst. Es besteht daher im Regelfall die Gewähr, daß die Freigebigkeit des Erblassers in Grenzen bleibt und nicht einen solchen Umfang annimmt, daß sie zu einer Gefahr für die Erben, die Pflichtteilsberechtigten oder die Nachlaßgläubiger wird. Sämtliche Nachlaßbeteiligten sind in ihren Interessen beeinträchtigt, wenn der Erblasser sein Vermögen zu Lebzeiten so stark verringert, daß die Nachlaßbeteiligten einen unzureichenden Nachlaß vorfinden. Eine etwaige Absicht, die Nachlaßbeteiligten durch lebzeitige Verschenkung seines Vermögens zu schädigen, wird der Erblasser in seinem eigenen Interesse nicht verwirklichen.

Anders ist die Lage, wenn die Schenkung erst nach dem Tode des Erblassers wirksam werden soll. Hier spürt der Erblasser die Folgen seiner Schenkung nicht mehr selbst, sondern erst die Nachlaßbeteiligten, die einen geschmälernten Nachlaß vorfinden. Die hemmenden Momente, die den Erblasser von lebzeitigen Schenkungen abhalten, fallen hier weg. Daher mußte der Gesetzgeber eingreifen und dafür Sorge tragen, daß solche Rechtsgeschäfte des Erblassers der Regelung des Erbrechts mit ihrem Interessenausgleich unter den Nachlaßbeteiligten unterstellt werden. Die verschiedenartige psychologische Ausgangssituation benützt nun jene Theorie für die Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Rechtsgeschäften von Todes wegen. In Grenzfällen habe man deshalb zu fragen: Dient der Aufschub der rechtsgeschäftlichen Wirkungen auf die Zeit nach dem Tode nur dazu, dem Erblasser ein eigenes Vermögensopfer zu ersparen<sup>38)</sup>?

Als Beweis dient jener Theorie der § 2301 BGB, der in seinen beiden Absätzen Verf. vTw. und Rechtsgeschäfte unter Lebenden gegenüberstellt. Wenn der Erblasser eine Schenkung auf seinen Todesfall abstellt und sich dadurch jedes eigene Vermögensopfer zu seinen Lebzeiten erspart, so unterwirft das Gesetz diese Schenkung dem Recht der Verfügungen vTw. (Abs. 1). Hat der Erblasser aber nicht nur aufschiebend bedingt versprochen, sondern auch aufschiebend bedingt übereignet, so hat er sich noch selbst ein Opfer auferlegt; das auflösend bedingte Eigentum, das ihm verbleibt, ist in seiner wirtschaftlichen Bedeutung wegen § 161 BGB herabgemindert. Das Gesetz hat daher nichts dagegen einzuwenden, daß die Schenkung als Rechtsgeschäft unter Lebenden behandelt wird (Abs. 2).

Der Opfertheorie kann unbedenklich zugestimmt werden. Jedoch muß festgestellt werden, daß sie im wesentlichen nichts anderes aussagt als die herrschende Meinung, die auf das Merkmal der ausschließlichen Nachlaßeinwirkung abstellt. Das "Vermögensopfer" des Erblassers deckt sich, genau betrachtet, mit der (lebzeitigen oder postmortalen) Vermögenseinwirkung; denn ein Opfer kann ja nur dann vorliegen, wenn irgendeine Einwirkung auf das Vermögen des Erblassers stattge-

---

38) Ettlenger S. 28.

funden hat. Die Opfertheorie bringt den maßgeblichen Unterschied zwischen Rechtsgeschäften unter Lebenden und Verfügungen vTw. auch nicht etwa genauer zum Ausdruck als die herrschende Meinung. Es ist jedoch ein Vorzug der Opfertheorie, daß sie das Kriterium der Nachlaßeinwirkung aus der psychologischen Situation des Erblassers entwickelt, also anschaulicher als die herrschende Meinung ist.

Folgt man der Opfertheorie, so muß die Vollm.adT. ohne weiteres als eine materielle Verf.vTw. bezeichnet werden<sup>39)</sup>; denn durch die Erteilung einer Vollm.adT. erbringt der Erblasser zu seinen Lebzeiten nicht das geringste Vermögensopfer. Er bereitet ein Vermögensopfer erst vor, und zwar für die Zeit nach seinem Tode; er legt das Vermögensopfer erst seinem Erben auf. Die Vollm.adT. bedeutet nicht einmal die Gefahr eines eigenen Vermögensopfers des Erblassers, da der Bevollmächtigte adT. immer erst nach dem Tode des Machtgebers handeln kann<sup>40)</sup>.

Als Ergebnis ist also festzuhalten: Die Vollm.adT. ist eine Verf.vTw. im materiellen Sinne, da ihre Entstehung vom Tode des Machtgebers und dem Überleben des Bevollmächtigten abhängt und weil sie zu Lebzeiten des Machtgebers keine Einwirkung auf sein Vermögen äußert, sondern ausschließlich eine postmortale Einwirkung auf seinen Nachlaß darstellt.

---

39) So auch Fischer S. 35/36.

40) Fischer aaO.

## 2. KAPITEL

### Die Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall

#### § 3

#### Konkurrenz zur Testamentsvollstreckung?

##### 1.

Das Gesetz gibt dem Erblasser mit dem Institut der Testamentsvollstreckung (TV.) die Möglichkeit, über eine Mittelsperson auf seinen Nachlaß einzuwirken. Auf dem gesetzlich genau festgelegten und sorgfältig geregelten Weg der TV. kann der Erblasser dasselbe Ziel erreichen, das er auch mit der Vollm. adT. anstrebt; den Abschluß postmortaler Rechtsgeschäfte <sup>1)</sup>.

Aus dieser Überschneidung könnte man folgern, daß die Vollm. adT., die im Gesetz nicht ausdrücklich gestattet ist, eine unzulässige Umgehung der TV. darstelle. Die TV. ist formbedürftig (§ 2197 Abs. 1 BGB) und außerdem an eine Vielzahl sachlicher Voraussetzungen gebunden; man denke etwa an das negative Erfordernis, daß der Erblasser nicht durch einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament in seiner Verfügungsbefugnis gebunden sein darf (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB).

Dagegen ist die Vollmacht grundsätzlich <sup>2)</sup> formlos (§ 167 Abs. 2 BGB) und an keine weiteren sachlichen Voraussetzungen gebunden. Es liegt daher nahe, der TV. ausschließliche Geltung beizulegen dergestalt, daß der Erblasser, wenn er eine Mittelsperson auf seinen Nachlaß einwirken lassen will, sich hierbei nur der Rechtsfigur der TV. bedienen kann.

Die Frage ist in neuerer Zeit nicht mehr erörtert worden, insbesondere nicht in der Rechtsprechung. Die herrschende Meinung vertritt die Auffassung, daß die Vollm. adT. keine unzulässige Konkurrenz zur TV. darstellt, jedenfalls dann nicht, wenn die Vollm. adT. für den Erben frei widerruflich ist. Den gegenteiligen Standpunkt vertreten, soweit ersichtlich, lediglich Rehbein <sup>3)</sup> und Fischer <sup>4)</sup>. Rehbein führt aus, daß die Bestimmungen der §§ 2197 ff. BGB zwar nicht direkt

- 
- 1) Die Anordnung der TV. kann allerdings auch die Vornahme rein tatsächlicher Handlungen für den Nachlaß bezwecken; vgl. Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. II 1 Note 3, Anm. IV 1 Note 15.
  - 2) Einen mittelbaren Formzwang schafft § 29 GBO.
  - 3) Anm. II 4 c zu §§ 164 - 181 BGB, S. 269.
  - 4) S. 43 ff.

anwendbar seien, aber in Verbindung mit den Vorschriften über die Form der letztwilligen Verfügungen ergaben, daß eine Vollmacht unter Lebenden mit Wirkung für die Erben nie in dem Sinne erteilt werden konnte, daß der Bevollmächtigte nach dem Tode des Machtgebers ausführe, was dieser nur in der Form einer letztwilligen Verfügung wollen und einem TV. in der Form des § 2234 Abs. 1 übertragen könnte. Auch Rischer beschränkt den Erblasser auf die Rechtsfigur der TV., vor allem deswegen, weil der TV. nur solche Anordnungen des Erblassers auszuführen habe, die in der erforderlichen erbrechtlichen Form gemacht seien, so daß der Erblasser die erbrechtlichen Verfügungen nicht umgehen könne, während der Bevollm. adT. auch mündlich erteilte Anträge ausführen konnte. Schließlich nimmt auch eine Entscheidung des Kammergerichts vom 11. 2. 1920 <sup>5)</sup> eine unzulässige Umgehung der TV. an, wenn Rechtsgeschäfte, die typischer Inhalt des TV.-Amtes seien, durch einen Bevollm. adT. wahrgenommen werden sollten <sup>6)</sup>. Solche Rechtsgeschäfte konnten nicht durch eine Vollmacht als Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern nur durch letztwillige Anordnung einer TV. übertragen werden.

Alle diese Auffassungen gehen von der Ziel- und Aufgabengleichheit zwischen TV. und Vollm. adT. aus. Aber daß der Bevollm. adT. dieselben Aufgaben wie ein TV. hat, nämlich die Vornahme postmortaler Rechtsgeschäfte, bedeutet für sich allein noch keine unzulässige Umgehung der TV. <sup>7)</sup> Es kommt nicht auf die Zweckgleichheit zwischen Vollm. adT. und TV. an, sondern auf die Gleichheit oder Verschiedenheit der Wirkungen, welche beide Rechtsinstitute im Rechtskreis des betroffenen Erben erzeugen, was noch näher zu begründen sein wird. - Auch die herrschende Meinung, daß die widerrufliche Vollm. adT. keine unzulässige Konkurrenz zur TV. darstellt, wird meist nicht überzeugend begründet.

a) Viele Autoren, z.B. Kleinschmidt (S. 72), Reinshagen (S. 12), Bauer - Mengelberg <sup>8)</sup>, Kettler (S. 18), berufen sich ausschließlich oder überwiegend darauf, daß die Verfügungsmacht des Erben durch die Vollm. adT. sogar durch eine

5) OLG-Rspr. 40/273 = Recht 1920 (Bd. 24) Nr. 3035.

6) Nach dem Sachverhalt war der Bevollmächtigte ermächtigt worden, die Nachlaßregulierung zu besorgen und die Auseinandersetzung mit den Mit-erben vorzunehmen". In einer späteren Entscheidung (KG DJ 1935 Nr. 26 S. 940 = JW 1935 S. 2153) ließ dagegen das Kammergericht eine Vollmacht, die zum Zwecke der Erbschaftsausgleichssetzung erteilt war, ohne weiteres gelten.

7) So auch Eule S. 60.

8) S. 26; er verlangt jedoch zu Unrecht, daß die Vollm. adT. in der Form der letztwilligen Verf. erklärt wird (S. 28).

unwiderrufliche Vollmacht adT., in keiner Weise beschränkt werde. Der Erbe bleibe zu Verfügungen über den Nachlaß befugt und könne unerwünschten Rechtsgeschäften des Bevollmächtigten jederzeit durch eigenes Handeln zuvorkommen. Dadurch unterscheide sich die Vollm. adT. von der Verfügungsbefugnis des TV., welche die Verfügungsbefugnis des Erben ausschalte (§§ 2211 ff. BGB). Aber eine TV. bedeutet auch, daß die Rechtshandlungen des TV. - mindestens hinsichtlich des Nachlasses - Rechtswirksamkeit für und gegen den Erben erzeugen ("Fremdwirkung"), nicht anders als die Handlungen eines Bevollmächtigten adT. (§§ 164 ff. BGB). Hierin stimmen TV. und Vollm. adT. überein. Die Übereinstimmung ist allerdings nicht vollständig, da der Erbe bei der TV. den Rechtshandlungen des TV. mit ihrer Fremdwirkung unvermeidbar ausgesetzt ist, sie infolge seiner Bindung an die TV. (arg. § 2227 BGB) nicht verhindern kann, während das bei der (widerruflichen) Vollm. adT. nicht so ist. Die genannten Autoren lassen die Fremdwirkung außer acht und stellen statt dessen einseitig auf die aktiven Handlungsbefugnisse des Erben ab, die dem Erben bei der TV. entzogen sind (§§ 2211 ff. BGB), ihm jedoch bei der Vollm. adT. erhalten bleiben. Sie behandeln daher nicht das Hauptproblem der Konkurrenz, nämlich die Frage, ob die Fremdwirkung als solche oder die unabänderliche Bindung des Erben an diese Fremdwirkung das entscheidende Vergleichsmerkmal zwischen TV. und Vollm. adT. bildet.

b) Die meisten Autoren sind allerdings genauer. Sie sehen auch und vor allem die unabänderliche Bindung des Erben an die Fremdwirkung der TV. Das wird meist so ausgedrückt: Der Bevollm. adT. hänge vom Willen des Erben ab, der TV. nicht. Der Erbe könne Auftrag und Vollm. adT. widerrufen, die TV. nicht. Der Wille des Erben sei auf die Dauer der TV. einflußlos. Der TV. handle kraft eigenen Rechts und habe als Träger eines (privaten) Amtes eine vom Willen des Erben unabhängige Rechtsstellung.

Diese und ähnliche Formulierungen, wie sie etwa von Staudinger-Coing<sup>9)</sup>, Staudinger-Dittmann<sup>10)</sup>, Planck-Flad<sup>11)</sup>, Lehmann<sup>12)</sup>, v. Tuhr<sup>13)</sup>, Oertmann<sup>14)</sup>, Müller-Freienfels<sup>15)</sup>,

9) § 168 Anm. II 2 a Note 4.

10) Vorbem. XXVI 3 a Note 104 vor § 2197.

11) Vorbem. 6 vor § 2197.

12) § 36 V 7.

13) Band 2, 2. Hälfte, § 85 S. 401 Anm. 157.

14) Bankarchiv 1913/14 S. 10.

15) S. 319/320; er verlangt aber zu Unrecht, daß die Vollm. adT. in der Form eines Testamentes oder eines Erbvertrages erteilt werden müsse, weil sie eine mat. Verf. vTw. sei.

Eule <sup>16)</sup>, Ettlinger (S. 94), Pörschen (S. 42), Haegeler (S. 9-10), Meyer (S. 43-44), Hemmersbach (S. 46), Lamberg (S. 38), König (S. 56-57), Strohal <sup>17)</sup>, Reichsgericht <sup>18)</sup> und Bayerischem Obersten Landesgericht <sup>19)</sup> gebraucht werden, heben zutreffend die unabänderliche Bindung des Erben an die TV. und damit den wesentlichen Teil der dem Erben auferlegten Rechtsbeschränkung hervor. Leider begnügen sich die meisten Autoren mit diesem Hinweis, ohne im einzelnen der Frage nachzugehen:

(1) warum die unabänderliche Bindung des Erben an die TV. ein wesensnotwendiges Merkmal der TV. ist; es wird nicht geprüft, ob sich dieses Merkmal bei jeder TV., auch bei Sonderformen der TV., nachweisen läßt; ja, worin überhaupt die Unabhängigkeit des TV. vom Willen des Erben besteht;

(2) warum gerade dieses Merkmal und nicht das ebenfalls wesensnotwendige Merkmal der Fremdwirkung beim Vergleich mit der Vollm. adT. den Ausschlag geben muß; es wird nicht herausgestellt, daß die Bindung des Erben an die TV. dazu dient, den letzten Willen des Erblassers gegen den Erben durchsetzbar zu machen, und damit eine den förmlichen Verf. vTw. notwendige Funktion wahrnimmt.

---

16) S. 57-61; er vergleicht die TV. aber nur mit der "uneigentlichen" Vollm. adT., worunter eine Vollm. adT. zu verstehen ist, bei der das Vollmachtsverhältnis bereits zu Lebzeiten des Machtgebers wirksam besteht, deren Inhalt sich aber auf postmortale Rechtshandlungen bezieht.

17) S. 292/293 (in anderem Zusammenhang).

18) RGZ 139/42 ff. = JW 1933/S. 169 Nr. 16.

19) BayObLGZ 19 Nr. 63 S. 171 ff. = OLG-Rspr. 40/129 = LZ 1919 Sp. 917. Das Bayerische Oberste Landesgericht hatte zu prüfen, ob der Erblasser die Rechtsstellung seines Erben, den er durch gemeinschaftliches Testament eingesetzt hatte, beeinträchtigt, wenn er nachträglich eine Vollm. üdT. erteilt. Es ist allgemein anerkannt, daß die nachträgliche Einsetzung eines TV. das Recht des unbeschränkt eingesetzten Vertragserben beeinträchtigt und daher gem. § 2289 I 2 BGB unwirksam ist; vgl. Staudinger-Dittmann § 2197 Anm. V 1 c, d Note 27, 28; § 2289 Anm. III 2 Note 12; Soergel-Siebert (Ehard-Eder) § 2289 Note 3; § 2271 Note 6; BGB-RGRK § 2289 Anm. 1; Erman - Hense § 2289 Anm. 2; BGH NJW 1962/912; dasselbe gilt beim gemeinschaftlichen Testament nach dem Tode des einen Ehegatten (§ 2271 II BGB); vgl. Staudinger-Dittmann § 2271 Anm. V 2 Note 3. Nach Ansicht des Bayer. Obersten Landesgerichts, der zuzustimmen ist, verstieß der Erblasser mit der Erteilung der Vollm. üdT. nicht gegen die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testamentes.

Zum Teil sind die genannten Autoren sogar inkonsequent, weil sie auch eine unwiderrufliche Vollm.adT. zulassen wollen<sup>20)</sup>, obwohl bei der unwiderruflichen Vollm.adT. der Erbe sehr wohl vom Willen des Bevollmächtigten abhängt. Die unwiderrufliche Vollm.adT. weist die gleiche unumstößliche Bindung des Erben an die Mittelsperson auf wie die TV.

Wegen dieser unbefriedigenden Begründungen für das richtige Ergebnis, daß die Vollm.adT. zulässig ist, sowie deswegen, um einen Ansatzpunkt für die Frage nach der Zulässigkeit der unwiderruflichen Vollm.adT. zu gewinnen, erscheint es vertretbar, trotz Bestehens einer herrschenden Meinung die Konkurrenz zwischen Vollm.adT. und TV. erneut zu untersuchen.

Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage ist wie folgt vorzugehen:

- a) Die Feststellung, daß beide Rechtsverhältnisse in ihrer Zielsetzung übereinstimmen, reicht nicht aus, um eine unzulässige Konkurrenz anzunehmen; denn zwischen TV. und Vollm.adT. bestehen, wie noch zu zeigen sein wird, auch gewichtige Unterschiede, vornehmlich in den Wirkungen, die beide Rechtsverhältnisse im Rechtskreis des Erben hervorrufen. Um einen sicheren Ausgangspunkt für die Entscheidung, ob eine Konkurrenz vorliegt, zu gewinnen, muß daher zunächst geprüft werden, worin die Übereinstimmung beider Rechtsverhältnisse - außer ihrer gleichen allgemeinen Zielsetzung - genau besteht. Man muß die beiden Institute, besonders das vielschichtige Gebilde der TV., in ihren Wirkungen auf den Rechtskreis des Erben untersuchen und an Hand dieses Maßstabes auf ihre Wesensmerkmale zurückführen, sodann die herausgearbeiteten Merkmale beider Rechtsverhältnisse miteinander vergleichen; darüber unten Ziff. II.
- b) Alsdann ist zu prüfen, ob die sich ergebende Übereinstimmung so schwer wiegt, daß die Unzulässigkeit der Vollm.adT. gerechtfertigt ist. Einen Satz des Inhalts, daß die TV. notwendig jedes konkurrierende Institut außerhalb des Gesetzes ausschließe, gibt es in dieser Allgemeinheit nicht, dieser müßte bezüglich der Vollm.adT. erst bewiesen werden. Andererseits ist aber auch darzulegen, daß und warum die gegebene Verschiedenheit beider Institute den Ausschlag für die Zulässigkeit der Vollm.adT. gibt; darüber unten Ziff. III.
- c) Über die unwiderrufliche Vollm.adT. ist gesondert zu sprechen; darüber unten Ziff. IV.

---

20) So etwa Ettlinger S. 101; Lamberg S. 38 (für die Spezialvollmacht); König S. 62; v. Tuhr Band 2 2. Hälfte § 85 S. 409 Anm. 214.

Als Wesensmerkmale der TV. kommen in Betracht:

die Rechtsbeschränkung des Erben; die Fremdwirkung der Handlungen des TV.; die Ausschließlichkeit der Zuständigkeit des TV.; die Konzentration der Nachlaßverwaltung.

### 1. Kriterium : Rechtsbeschränkung des Erben ?

1) Der Erbe wird bei der TV. in seinen Rechten als Inhaber des Nachlasses beschränkt.

a) Er kann bestimmte Rechtshandlungen, die ihm als Inhaber des Nachlasses zustehen müßten, nicht selbst wirksam vornehmen. Nach § 903 BGB kann jeder Eigentümer mit den ihm gehörenden Sachen (und entsprechend auch mit den ihm gehörenden Rechten) nach Belieben verfahren und sie einwirken und andere von jeder Einwirkung ausschließen.

Demgegenüber kann ungenau : daß der Erbe, dessen Nachlaß mit einer TV. belastet ist, über die ihm angefallenen Nachlaßgegenstände nicht selbst wirksam verfügen (§ 2211 Abs. 1 BGB), er kann keine Nachlaßverbindlichkeiten begründen<sup>21)</sup> und er kann die Nachlaßrechte nicht in eigenen Namen gerichtlich geltend machen (§ 2212 BGB)<sup>22)</sup>, d. h. dem Erben ist die Prozeßführungsbefugnis in Aktivprozessen<sup>23)</sup>

21) Staudinger-Dittmann § 2211 Anm. III 2 Note 15; BGB-RGRK § 2211 Anm. 4; Ehard-Eder in Soergel-Siebert § 2211 Anm. 1; Kipp-Coing § 70 III; BGHZ 25/275 ff. (287).

22) Sehr weitgehend wird unter "gerichtlicher Geltendmachung" nicht nur Klage und Widerklage, sondern auch die Geltendmachung durch Einrede und Aufrechnung im Prozeß, ferner die Zwangsvollstreckung und die Verfahren vor den Gerichten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten verstanden; vgl. Staudinger-Dittmann § 2212 Anm. II 1 Note 4; BGB-RGRK § 2212 Anm. 1; Ehard-Eder in Soergel-Siebert § 2212 Anm. 3; Lange § 29 VI 4d.

23) In Passivprozessen ist dem Erben die Prozeßführungsbefugnis zwar nicht entzogen (§ 2213 I 1 BGB), jedoch ist zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ein Titel gegen den TV. erforderlich (§ 748 I ZPO), d. h. der Erbe allein kann durch seine Prozeßführung nicht eine Haftung des Nachlasses begründen, ebenso wenig wie er durch sein rechtsgeschäftliches Handeln Nachlaßverbindlichkeiten begründen kann.

entzogen<sup>24)</sup>. - Der Erbe, der mit einer TV. beschwert ist, erleidet mithin im Vergleich zu anderen Erben, die nicht mit einer TV. belastet sind, eine besonders geartete Beschränkung seiner Rechtsstellung; Er ist in seiner Freiheit zu rechtsgeschäftlichem und prozessualem Handeln für den Nachlaß eingeschränkt. Die Rechtsbeschränkung liegt darin, daß das Gesetz eine unter §§ 2211 ff. BGB fallende Willensbetätigung des Erben nicht anerkennt, sondern ihr die rechtliche Wirksamkeit versagt. Denn die Verfügungen des Erben über die Nachlaßgegenstände sind absolut unwirksam gegenüber jedermann<sup>25)</sup> und Verfügungen, die sich gegen den Nachlaß richten (z.B. eine Kündigung), können gegenüber dem Erben nicht wirksam vorgenommen werden. Die Verpflichtungsgeschäfte des Erben begründen keine Haftung des Nachlasses<sup>26)</sup>, nur eine Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen. Die vom Erben erhobene Klage ist wegen Fehlens einer Prozeßvoraussetzung als unzulässig abzuweisen<sup>27)</sup>, ergeht in dem vom Erben geführten Aktivprozeß dennoch ein Sachurteil, so wirkt es keine Rechtskraft für und gegen den TV.<sup>28)</sup>, ebensowenig ein Urteil, das in einem Passivprozeß (zulässigerweise) gegen den Erben ergeht<sup>29)</sup>.

- 
- 24) Auch mit Zustimmung des TV. kann der Erbe die Nachlaßrechte nicht gerichtlich geltend machen; vgl. Staudinger-Dittmann § 2212 Anm. I Note 3; Kipp-Coing § 71 I 1; a.M. Lange § 29 VI 4 f. Der TV. kann einen Aktivprozeß des Erben nur dadurch ermöglichen, daß er das betreffende Nachlaßrecht dem Erben zur freien Verfügung überläßt (§ 2217 BGB), womit das Prozeßführungsrecht des TV. erlischt.
- 25) Es handelt sich nicht bloß um ein relatives Veräußerungsverbot gegenüber dem TV. im Sinne von § 135 BGB; h.M.; vgl. Staudinger-Dittmann § 2211 Anm. I 1 Note 2 mit weiteren Nachweisen; Kipp-Coing § 70 I; BGB-RGRK § 2211 Anm. 3; RGZ 87/432 ff.
- 26) Der Erbe wird wegen seines Unvermögens zur Leistung aus dem Nachlaß schadensersatzpflichtig (§§ 440, 325 BGB analog); vgl. Kipp-Coing § 70 III. Für die Schadensersatzforderung haftet er ebenfalls nur mit seinem Eigenvermögen.
- 27) Staudinger-Dittmann § 2212 Anm. I Note 3; BGB-RGRK § 2212 Anm. 1 a.E.; Kipp-Coing § 71 I 1.
- 28) Staudinger-Dittmann § 2212 Anm. I Note 3; Anm. III Note 12; Stein-Jonas-Schönke § 327 Anm. I; Kipp-Coing § 71 I 1.
- 29) Allerdings ist damit nur ein Urteil gemeint, das den Erben verurteilt hat. Ein Urteil, das die gegen den Erben gerichtete Klage abgewiesen hat, wirkt Rechtskraft für den TV. Die letztere Ausnahme erklärt sich daraus, daß eine Verurteilung des TV. gemäß § 327 II ZPO Rechtskraft gegen den Erben haben und damit in Widerspruch zur Rechtskraft des ersten, gegen den Erben ergangenen Urteils stehen würde; vgl. Staudinger-Dittmann § 2213 Anm. II 1a Note 6; BGB-RGRK § 2213 Anm. 15.

Wie sich aus alledem ergibt, handelt es sich bei der auf dem Erben lastenden Rechtsbeschränkung um eine Einschränkung seines rechtlichen Könnens hinsichtlich des Nachlasses. Es liegt nicht anders, als wenn ihm ein öffentlichrechtliches Verbot, z.B. devi enrechtlicher Art, gewisse Verfügungen untersagte oder als wenn er entmündigt wäre und unter Vormundschaft stünde<sup>30)</sup>.

Die Rechtsbeschränkung beginnt im Augenblick des Erbfalls<sup>31)</sup> und in dem Erben auferlegt, solange die TV. überhaupt besteht. Während der Dauer der TV. kann sich der Erbe der Rechtsbeschränkung nicht entziehen. Er kann die TV. nicht vorzeitig beenden und so die volle Verfügungs-, Verpflichtungs- und Prozeßführungsbefugnis wieder erlangen. Zwar sieht § 2207 BGB die vorzeitige Entlassung des TV. auf Antrag des Erben vor, doch nicht der Erbe, sondern nur der Nachlaßrichter kann diese Verfügung treffen (§ 51 Abs. 2 FGG). Auch wenn ein "wichtiger Grund" zur Entlassung des TV. gegeben ist, ist der Nachlaßrichter nicht zur Entlassung des TV. gezwungen, sondern entscheidet darüber nach seinem pflichtgemäßen Ermessen<sup>32)</sup>. Eine etwaige Entlassung beruht also nicht auf dem Willen des Erben, sondern dem des Nachlaßrichters. Es läßt sich somit nicht sagen, daß der Wille des Erben entscheidend sei, seine Verwaltung nach einem bestimmten Verfahren (Antragstellung beim Nachlaßgericht) bedürfte. Auch kann das Nachlaßgericht nicht die TV. als solche beseitigen, sondern nur den einzelnen TV. absetzen; möglicherweise muß also ein Ersatztestamentsvollstrecker in das Amt nach.

Die Unabänderlichkeit der Bindung des Erben ist ein wesentliches Element,

30) Von Bevormundung des Erben wird sehr oft gesprochen, wenn seine Rechtsstellung bei der TV. veranschaulicht werden soll, namentlich wenn die Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) erörtert wird; vgl. z.B. Staudinger-Dittmann § 2209 Anm. I 2 Note 2.

31) Nicht erst mit der Annahme des Amtes durch den TV.; vgl. Staudinger-Dittmann § 2211 Anm. I 3 Note 6; BGB-RGRK § 2211 Anm. 1; Lange § 29 V 4; BGHZ 25/275 ff. (282).

32) Ganz abgesehen von der Möglichkeit, daß ein Ersatztestamentsvollstrecker vorhanden ist und das Amt annimmt (§ 2197 Abs. 2 BGB) oder daß der TV. ermächtigt ist, einen Nachfolger zu ernennen (§ 2199 Abs. 2 BGB).

33) Staudinger-Dittmann § 2227 Anm. III 4 Note 17; Ehhard-Eder in Soergel-Siebert § 2227 Anm. 3 Note 7; Brand-Kleef § 122 Ziff. 4; BayObLGZ 34/Nr. 75 S. 312. Nach BGB-RGRK § 2227 Anm. 5 soll bereits die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliege, dem pflichtgemäßen Ermessen des Nachlaßrichters anheim gestellt sein.

um eine echte Rechtsbeschränkung des Erben annehmen zu können; denn eine Bindung, die der Erbe nach Belieben jederzeit wieder abschütteln könnte, wäre keine echte Rechtsbeschränkung.

Andererseits ist es nicht notwendig, daß die mit der TV. gegebene Rechtsbeschränkung auf Dauer angelegt ist. Eine Rechtsbeschränkung des Erben ist auch dann anzunehmen, wenn die TV. nach dem Willen des Erblassers von vornherein auf eine bestimmte, möglicherweise recht kurze Zeit, festgelegt ist. Maßgebend ist nur, daß der Erbe während des Bestehens der TV. fest an sie gebunden ist und sie nicht nach seinem Belieben beseitigen kann <sup>34)</sup>.

b) Eine Rechtsbeschränkung des Erben liegt aber nicht nur im Entzug des Verfügungs-, Verpflichtungs- und Prozeßführungsrechts, sondern auch in der sog. Fremdwirkung, die den Rechtshandlungen des TV. innewohnt und die der Erbe, solange die TV. besteht, unvermeidbar hinnehmen muß. Unter Fremdwirkung soll die Erscheinung verstanden werden, daß eine Mittelsperson (der TV.) rechtsgeschäftlich oder prozessual handelt, die Folgen ihres Handelns aber nicht sie selbst, sondern einen anderen, nämlich den Rechtsträger (den Erben), treffen, wobei gleichgültig ist, ob die Mittelsperson im eigenen Namen (§ 155 BGB) oder im fremden Namen (§ 164 BGB) handelt.

Den Handlungen des TV. kommt eine solche Fremdwirkung für und gegen den Erben zu. Der Erbe muß die vom TV. vorgenommenen Verfügungen gegen sich gelten lassen (§ 2205 S. 2 BGB) <sup>35)</sup>, der Erbe kann den Eintritt dieser Fremdwirkung nicht verhindern. Der Erbe muß weiter die obligatorischen Rechtsgeschäfte des TV. gegen sich gelten lassen, wenn ihre Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist (§ 2206 I 1 BGB) <sup>36)</sup> oder wenn der

---

34) Aus diesem Grunde hielt das Reichsgericht einen unwiderruflichen postmortalen Auftrag für eine unzulässige Umgehung der TV., obwohl der Auftrag nur für eine bestimmte Zeit unwiderruflich sein sollte (RGZ 139/42). Auch das Kammergericht hielt eine Generalvollmacht, die nach dem Tode des Machtgebers zwei Jahre lang unwiderruflich sein sollte, für unwirksam (JFG 1/318).

35) Ausgenommen sind lediglich unentgeltliche Verfügungen (§ 2205 S. 3 BGB).

36) Im Falle des § 2206 Abs. 1 S. 1 BGB entsteht eine für den Nachlaß wirksame Verbindlichkeit aber auch schon dann, wenn der Geschäftspartner beim Vertragsabschluß angenommen hat und ohne Fahrlässigkeit annehmen konnte, daß die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sei, auch wenn dies objektiv nicht der Fall war; h. M.; vgl. Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. I 4 Note 10; BGB-RGRK § 2206 Anm. 1; Ehard-Eder in Soergel-Siebert § 2206 Anm. 1; Kipp-Coing § 68 III 6a; Lange § 29 VI 3b.

Erblasser angeordnet hat, daß der TV. in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll (§ 2207 S. 1 BGB). Die vom TV. abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfte stellen Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967 BGB) dar, begründen also nicht nur eine Haftung des Nachlasses, sondern auch eine unbeschränkte persönliche Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen. Der Erbe kann diese Haftung nur durch die üblichen Haftungsbeschränkungsmittel (Nachlaßkonkurs, Nachlaßverwaltung) auf den Nachlaß beschränken (arg. § 2206 Abs. 2 Satzteil 2 BGB) <sup>37)</sup>. -

Hinnehmen muß der Erbe schließlich auch das Ergebnis der vom TV. geführten Prozesse. Die Urteile, die für und gegen den TV. ergehen, wirken nach § 107 ZPO Rechtskraft <sup>38)</sup> für und gegen den Erben, nicht nur hinsichtlich des Nachlasses, sondern auch hinsichtlich seines Eigenvermögens; denn der Nachlaßgläubiger, der gegen den TV. ein Leistungsurteil erlangt hat, kann aus diesem Urteil nicht nur in den Nachlaß, sondern auch in das Eigenvermögen des Erben vollstrecken (§§ 728, 727 ZPO). - Angemerkt sei, daß der Erbe auch außerhalb des Zivilprozesses zahlreiche Verfahrenshandlungen des TV. hinnehmen muß <sup>39)</sup>, z.B. den Antrag auf Nachlaßverwaltung (§ 1981 BGB), Nachlaßkonkurs (§ 417 KO), Nachlaßvergleichsverfahren (§ 113 Nr. 1 VerglO) und auf Versteigerung von Nachlaßgrundstücken (§ 175 ZVG).

Die Fremdwirkung, die den Handlungen des TV. innewohnt, führt zu einer Beschränkung der Rechte des Erben als Inhaber des Nachlasses, weil der Erbe den Eintritt der Fremdwirkung nicht verhindern kann, sondern den Handlungen des TV. mit ihrer Fremdwirkung unvermeidbar ausgesetzt ist. Wenn der Erbe z.B. erfährt, daß der TV. bestimmte Rechtsgeschäfte abschließen oder bestimmte Prozesse führen will, so mögen diese Pläne den eigenen Absichten des Erben noch so sehr widersprechen, er kann sie dem TV. nicht verbieten.

Es liegt bei der Testamentsvollstreckung mehr vor als eine bloße Fremdwirkung. Die Fremdwirkung bewirkt eine Bindung gegenüber dem Dritten (Geschäftsgegner), jedoch ist das nur die gewöhnliche Vertragsbindung. Zu einer Rechtsbeschränkung wird sie für den Erben dadurch, daß er den Eintritt der Fremdwirkung nicht verhindern und daß er die Ursache für die Fremdwirkung, das Bestehen der TV., nicht beseitigen kann. Wenn man wieder die Einteilung des § 903 BGB heranzieht,

37) Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. III 1 Note 10. BGB-RGRK § 2206 Anm. 4 und 6; Kipp-Coing § 68 III 6c; Lange § 29 VI 3c.

38) Die Rechtskraft gegenüber Dritten ist eine Fremdwirkung auf prozessuellem Gebiet und soll im folgenden unter "Fremdwirkung" mitverstanden sein.

39) Staudinger-Dittmann § 2212 Anm. V Note 14.

so läßt sich die Rechtsbeschränkung des Erben bei dieser zweiten Gruppe von Beschränkungen seiner Rechtsstellung mit dem Satz ausdrücken, daß er andere Personen, nämlich den TV., nicht von der Einwirkung auf den Nachlaß ausschließen kann. In diesem Duldenmüssen ist eine echte Rechtsbeschränkung zu erblicken.

Tritt in den Fällen der zweiten Gruppe die Rechtsbeschränkung des Erben nicht so offenkundig hervor wie in den Fällen der ersten Gruppe, so ist sie doch auch hier gegeben. Da der Entzug der Verfügungsbefugnis usw. vom Erblasser durch letztwillige Verfügung abbedungen werden kann (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB), die Unvermeidbarkeit der Fremdwirkung jedoch nie, ist dieser Teil der Rechtsbeschränkung der eigentlich wesentliche Teil, da er sich bei jeder TV. nachweisen läßt.

Die Rechtsbeschränkung des Erben durch die TV. läßt sich nach diesen Ausführungen wie folgt zusammenfassen: Obwohl der Erbe mit dem Erbfall Inhaber aller im Nachlaß vereinigten Gegenstände geworden ist, kann er nicht wirksam für die Nachlaßgegenstände handeln und muß die Handlungen eines anderen als wirksam für und gegen den Nachlaß hinnehmen. Diese Beschränkungen sind echte Beschränkungen seiner Rechtsstellung als Erbe, da der Erbe sie nicht nach seinem freien Willen beseitigen kann, sondern unabänderlich an sie gebunden ist.

2.) Soll die Rechtsbeschränkung des Erben eine wesentliche und nicht bloß eine zufällige Eigenschaft der TV. sein, so muß sie sich immer nachweisen lassen, wenn eine TV. vorliegt. Es muß gefordert werden, daß das Gesetz den Gedanken der Rechtsbeschränkung auch für mögliche Sonderformen der TV. lückenlos durchführt. In dieser Richtung könnte die Bestimmung des § 2208 Abs. 1 BGB Bedenken erwecken, die dem Erblasser erlaubt, dem TV. die in den §§ 2203-2206 BGB bestimmten Rechte zu entziehen. Handelt es sich bei dieser Vorschrift auch nur um eine Ausnahmeregelung<sup>40)</sup>, die dem Erblasser nach seinem Willen die Möglichkeit einräumt, durch letztwillige Verfügung vom gesetzlichen Normalbild der TV. abzuweichen, so muß doch gefragt werden, ob der Erblasser über diese Bestimmung nicht die Rechtsbeschränkung des Erben, und zwar ganz, aufheben kann. Man darf sich nicht mit dem Normalfall begnügen, daß der Erblasser keine weiteren Bestimmungen über die von ihm angeordnete TV. trifft, vielmehr muß sich das Kriterium der Rechtsbeschränkung auch in den vom Erblasser abweichend gegebenen Fällen der TV. bewähren.

Nach der Regelung des Gesetzes lassen sich zwei Arten von Abweichungen unterscheiden:

a) Die TV. kann gegenständlich beschränkt sein (§ 2208 Abs. 1 S. 2 BGB), d. h. nach dem Willen des Erblassers soll die Verwaltung des TV.

---

40) Staudinger-Dittmann § 2208 Anm. I 1 Note 3.

nicht den ganzen Nachlaß umfassen, sondern nur gewisse einzelne Nachlaßgegenstände, während die Verwaltung der übrigen Nachlaßgegenstände dem TV. entzogen sein soll.

Der Erbe erleidet jedoch auch hier zahlreiche Rechtsbeschränkungen; möge der TV. auch nur einen einzigen Nachlaßgegenstand zu verwalten haben. Nur ist die Zahl der Gegenstände, hinsichtlich deren der Erbe Rechtsbeschränkungen linnehmen muß, geringer; es liegt nicht anders, als hätte der Erblasser einen kleineren Nachlaß, aber mit unbeschränkter TV. hinterlassen.

In gewissem Umfang muß der Erbe sogar hinsichtlich der übrigen Nachlaßgegenstände, für die keine TV. besteht, Rechtsbeschränkungen erdulden; denn aus der wirksamen Verpflichtungsgeschäften des TV. haften nicht nur die von ihm verwalteten Nachlaßgegenstände, sondern der gesamte Nachlaß<sup>41)</sup>, ohne daß der Erbe diese Haftung verhindern kann.

b) Eine Beschränkung der Rechte des TV. ist aber auch dem Inhalt nach möglich (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB). Wenn der Erblasser von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, kann er trotzdem die Rechtsbeschränkung des Erben nicht aufheben, sondern nur vermindern. Im Rahmen dieser Gruppe ist erneut zu unterscheiden:

aa) Die inhaltliche Beschränkung wird meist darin bestehen, daß der Erblasser dem TV. einzelne der im Gesetz festgelegten Rechte entzieht<sup>42)</sup>, z.B. die Verfügung über Nachlaßgrundstücke, oder ihm vom Erblasser aus eine Rechte überträgt, z.B. die Einziehung der beim Erbfall ausstehenden Forderungen. Soweit der TV. inenach zur Vornahme von Rechtsandlungen Rechtsgeschäften oder Prozeßhandlungen nicht befugt ist, steht die Befugnis dem Erben zu. Denn es wäre ja niemand da, der die Befugnis hatte, die entzogenen Rechtsandlungen wirksam vorzunehmen, so daß sie unterbleiben müßten. Eine solche Rechtsmacht, die den Erblasser mit Außenwirkung gegenüber Dritten befähigte, bestimmte den

41) Staudinger-Dittmann § 2208 Anm. I 2b Note 7; Erman-Hense § 2208 Anm. 2; Kipp-Coing § 69 Anm. I 2; offenbar auch BGB-RGRK § 2208 Anm. 4.

42) Die Auslegung kann jedoch im Einzelfall ergeben, daß der Erblasser dem TV. nur eine Anweisung nach § 2216 Abs. 2 S. 1 BGB geben wollte, welche die Befugnis des TV. im Außenverhältnis unberührt läßt (BGB-RGRK § 2216 Anm. 9). Im folgenden ist nur von den Beschränkungen nach § 2208 Abs. 1 BGB die Rede; diese wirken im Außenverhältnis (vgl. Staudinger-Dittmann § 2208 Anm. I 4 Note 12; BGB-RGRK § 2208 Anm. 3).

Nachlaß betreffende Rechtshandlungen überhaupt zu vereiteln, kann dem Erblasser aber nicht zuerkannt werden<sup>43)</sup>. Das ergibt sich für Verfügungsgeschäfte aus § 137 S. 1 BGB, der entsprechend seiner Stellung im Allgemeinen Teil für alle Rechtsgeschäfte, auch für die letztwilligen Anordnungen des Erblassers, gilt<sup>44)</sup>. Daß Verpflichtungsgeschäfte und Prozeßhandlungen hinsichtlich des Nachlasses nicht unmöglich gemacht werden können, folgt aus einer analogen Anwendung des in § 137 S. 1 BGB enthaltenen allgemeinen Rechtsgedankens.

Die Rechtsstellung des Erben wird also verbessert, wenn der Erblasser die Befugnisse des TV. über § 2208 Abs. 1 BGB einschränkt. Gleichwohl läßt sich auch bei dieser erleichterten Form der TV. immer eine Rechtsbeschränkung des Erben nachweisen, wenn man auf die einzelnen Rechtshandlungen abstellt, die dem TV. verblieben sind. Wenn in dem oben erwähnten Beispiel der TV. nicht mehr über Nachlaßgrundstücke verfügen kann, so kann er mangels gegenteiliger Bestimmung des Erblassers doch noch über die beweglichen Sachen und über die Forderungsrechte des Nachlasses verfügen. Von der Verfügung über diese Nachlaßgegenstände ist der Erbe gemäß § 2211 BGB ausgeschlossen<sup>45)</sup> und erleidet somit eine Rechtsbeschränkung; er kann die Rechtshandlungen, die dem TV. verblieben sind, nicht selbst vornehmen und muß die Rechtshandlungen (Verfügungen) des TV. hinnehmen. Auch wenn der TV. nach dem Willen des Erblassers überhaupt keine Verfügung vornehmen können soll, so bleiben ihm doch Verpflichtungsgeschäfte hinsichtlich des Nachlasses, seien es alle oder nur bestimmte<sup>46)</sup>. Der Erbe ist diesen Verpflichtungsgeschäften ausgesetzt, ohne den Eintritt der Fremdwirkung hindern zu können; wiederum erleidet er eine Rechtsbeschrän-

---

43) Der Erblasser kann dieses Ziel nur mittelbar erreichen, indem er die Unterlassung bestimmter Rechtshandlungen zur auflösenden Bedingung des Erbschaftserwerbes macht (§ 2075 BGB).

44) Staudinger-Coing § 137 Anm. 2 a Note 4; BGB-RGRK § 137 Anm. 2; Kipp-Coing § 69 I 3; RG Warneyer 1915 Nr. 292 S. 454; RG Warneyer 1919 Nr. 71; RG Seuff. Archiv Bd. 78 Nr. 3 S. 4 ff.

Wenn in BGHZ 13/203 ff. (206) zur Zulässigkeit der TV. über ein Vermächtnis ausgeführt wird, die besonderen Bestimmungen der §§ 2205 und 2209 BGB hätten den Vorrang vor der Bestimmung des § 137 BGB, so betrifft das nicht den im Text erörterten Fall, daß für bestimmte Rechtshandlungen hinsichtlich des Nachlasses überhaupt keine Person zuständig wäre.

45) KG RJA 10/116.

46) Ein Auseinanderfallen der Verwaltungs- (= Verpflichtungs)befugnis und der Verfügungsbefugnis ist möglich; vgl. BGB-RGRK 2208 Anm. 5.

kung. Man kann diese Überlegung beliebig fortsetzen und sich vorstellen, daß der Erblasser dem TV. immer mehr Rechte entzieht. In dem Maße, in dem sich die Rechte des TV. verringern, ~~vergrößern~~ sich die Rechte des Erben. Aber hinsichtlich der Rechtshandlungen, für die der TV. zuständig geblieben ist, erleidet der Erbe eine Rechtsbeschränkung, zumindest deswegen, weil er die Handlungen des TV. mit ihrer Fremdwirkung nicht verhindern kann. Der Zuständigkeit des TV. entspricht, soweit sie reicht, notwendig eine Rechtsbeschränkung des Erben.

Allerdings kann der Erblasser die inhaltliche Beschränkung der TV. so weit treiben, daß er dem TV. alle Rechtshandlungen hinsichtlich des Nachlasses entzieht und ihm nur tatsächliche Handlungen, z.B. die sachverständige Pflege von Kunstgegenständen, überträgt. Eine solche Gestaltung ist möglich, da ein bestimmter Mindestumfang für die Aufgaben und Befugnisse des TV. nicht vorgeschrieben ist <sup>47)</sup>. Hier erleidet der Erbe keine Beschränkung seiner rechtsgeschäftlichen oder prozessualen Handlungsbefugnis. Nur insofern ist seine Rechtsstellung auch hier beeinträchtigt, als er dem TV. die tatsächlich-praktische Einwirkung auf den Nachlaß nicht verbieten kann <sup>48)</sup>. Jedoch kann dieser Grenzfall, der nicht leicht vorkommen wird, bei der Betrachtung außer acht gelassen werden. Die Wesensmerkmale der TV. werden ja nur zu dem Zweck herausgearbeitet, um einen Vergleich mit der Vollm.adT. zu ermöglichen. In dem Grenzfall fehlt aber jede Parallele zur Vollm.adT., da eine Vollmacht bestimmungsgemäß nur für Rechtsgeschäfte oder Prozeßhandlungen, nicht aber für Tathandlungen in Betracht kommt.

bb) Eine weitere Frage ist, ob der Erblasser die Rechte des TV. über § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB in der Weise beschränken kann, daß er ihm zwar alle Rechte über den Nachlaß beläßt, aber gleichzeitig den Erben ermächtigt, auch seinerseits alle Rechthandlungen bezüglich des Nachlasses (Verfügungen, Verpflichtungen des Nachlasses, Prozeßhandlungen) selbst wirksam vorzunehmen. In einem solchen Fall will der Erblasser den TV. in der Ausschließlichkeit seiner Rechte beschränken. Über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer solchen Anordnung des Erblassers soll erst später gesprochen werden <sup>49)</sup>. Entscheidend ist, daß der Erbe auch bei dieser Fallgestaltung eine Rechtsbeschränkung erleidet. Mag der Erbe selbst wirksam für den Nachlaß handeln können, so ist er doch unvermeidlich an die Handlungen des TV. und ihre Fremdwirkung gebunden. Eine Rechtsbeschränkung entfielen nur dann, wenn der Erbe dem TV. die Vornahme von

47) Vgl. Staudinger-Dittmann § 2208 Anm. I 2a Note 4; Kipp-Coing § 69 I; Lange § 29 V 1a; Brand-Kleef § 86 Ziff. 6b; KG KGJ 14/A 31 = OLG 26/346.

48) Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. II 1 Note 3.

49) S. unten S. 42 ff.

Rechtshandlungen für den Nachlaß beliebig verbieten und damit den Eintritt einer Fremdwirkung verhindern könnte. Eine solche Befugnis kann der Erblasser seinem Erben jedoch nicht einräumen, was sogleich - cc), dd) - zu begründen sein wird.

cc) Beschränkungen inhaltlicher Art sind noch auf andere Weise denkbar. Der Erblasser könnte versuchen, zwar nicht den Eintritt, wohl aber den Fortbestand der TV. dem Willen des Erben anheim zu stellen, also etwa zu bestimmen, daß der Erbe den TV. nach seinem freien Belieben solle entlassen können. Zu denken ist an Fälle, wo der Erblasser dem in geschäftlichen Dingen unerfahrenen Erben mit dem TV. einen Helfer, nicht einen Vormund an die Seite stellen will, so daß die TV. nur dann stattfinden soll, wenn und solange der Erbe selbst sich ihrer bedienen will. Daß der Erbe an die TV. unabänderlich gebunden ist, sie nicht nach freiem Belieben beseitigen kann, war als wesentliches Merkmal für das Vorliegen einer echten Rechtsbeschränkung des Erben erkannt worden. Die Rechtsbeschränkung des Erben wäre aufgehoben, wenn der Erblasser in der genannten Weise testieren könnte.

Eine inhaltliche Beschränkung der Rechtsstellung des TV. in der geschilderten Art läßt sich aber bei richtiger Auslegung des § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB nicht rechtfertigen<sup>50)</sup>. Der Wortlaut der Bestimmung spricht nur von den "in den §§ 2203 bis 2206 bestimmten Rechten", wo aber von der Dauer der TV. und ihrem vom Willen des Erben unabhängigen Bestand nicht die Rede ist. Die Erlöschensgründe sind in den §§ 2225 bis 2227 BGB erschöpfend geregelt.

Entscheidend ist folgende Überlegung: Der Erblasser kann eine Verf. vTw. nicht in der Weise treffen, daß ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll; das verbietet die zwingende Vorschrift des § 2065 Abs. 1 BGB. Der Erblasser kann daher nicht einem anderen, insbesondere nicht dem Erben, die Entscheidung überlassen, ob über den Nachlaß eine TV. stattfinden soll oder nicht<sup>51)</sup>. Ebensowenig kann der Erblasser einem anderen die Entscheidung überlassen, ob und wann die unbedingt angeordnete TV. wieder endigen soll. In diesem Falle hätte der andere zwar nicht über den Eintritt, wohl aber über den Fortbestand der TV. zu entscheiden, und auch das wäre eine Entscheidung über das Gelten oder Nichtgelten der TV. Es wäre unverständlich, wenn der Erblasser nur

50) Ob damit die Anordnung der TV. im ganzen nichtig ist oder nur die Klausel, die dem Erben das Recht zur Entlassung des TV. einräumt, bemißt sich nach § 2085 BGB.

51) Staudinger-Seybold § 2065 Anm. 2 Note 2; Staudinger-Dittmann § 2198 Anm. 1 2 Note 2; Kipp-Coing § 67 I 4; Crome § 674 III Anm. 18; Brand-Kleef § 86 Ziff. 3; KG KGJ 42 Nr. 49 S. 219 ff. (222).

die Entscheidung über den Eintritt der TV. selbst treffen müßte, die Entscheidung über ihren Fortbestand aber einem anderen (dem Erben) anvertrauen dürfte. Damit würde eine rein äußerliche Unterscheidung getroffen, die dem Sinn und Zweck des § 2065 Abs. 1 BGB widerspräche: § 2065 Abs. 1 möchte jegliche Einschaltung dritter Personen in die Willensbildung des Erblassers unterbinden. Daher ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, daß der Erblasser einem anderen nicht das Recht einräumen kann, seine Verfügungen über die Ernennung von Vollstrek- kern durch abänderndes Testament umzustößen<sup>52)</sup>. Dann muß es erst recht un- zulässig sein, daß der Erblasser den Erben zur formlosen Entlassung des TV. er- mächtigt.

dd) Mit dieser auf § 2065 Abs. 1 BGB gestützten Begründung ist es auch anzu- lässig, daß der Erblasser anordnet, der Erbe solle jede (1) einzelne Handlung des TV. verbieten können<sup>53)</sup>. Es ist möglich, daß nach dem Willen des Erblas- sers der Erbe einzelne Rechtshandlungen des TV. wirksam verbieten kann mit der Folge, daß die dennoch vorgenommenen Rechtshandlungen unwirksam sind; das folgt aus § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB: Dem TV. sind insofern einzelne seiner Befug- nisse entzogen, wenn er an die Mitwirkung (Zustimmung) des Erben gebunden ist. Eine Generalklausel des Inhalts, daß sämtliche Rechtshandlungen des TV. von der Zustimmung des Erben abhängen oder seinem Einspruchsrecht unterliegen sollen, käme in ihrer Tragweite einer Entlassung des TV. gleich, und diese ist dem Erben verwehrt (arg. §§ 2065, 2227 BGB).

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß auch dann, wenn die Rechte des TV. gemäß § 2208 Abs. 1 BGB inhaltlich verkürzt sind - Fallgruppe b) -, immer eine Rechtsbeschränkung des Erben nachzuweisen ist.

Läßt sich das Merkmal der Rechtsbeschränkung des Erben nicht nur im Regelfall der TV., sondern auch bei ihren Sonderformen, bei denen die Befugnisse des TV. gegenständlich oder inhaltlich eingeschränkt sind, immer nachweisen, so darf der Satz aufgestellt werden: Die Rechtsbeschränkung des Erben ist ein wesens- notwendiges Merkmal jeder TV.

52) KG OLG 44/100 ff. (102); ihm folgend Staudinger-Dittmann § 2197 Anm. I 1a Note 1, Anm. VII Note 33; Brand-Kleef § 86 Ziff. 3.

53) So Siber S. 67; Der Erblasser könne die Zuständigkeit des TV. von der je- desmaligen Einwilligung des Erben abhängig machen.

3.) Demgegenüber läßt sich bei der Vollm.adT. eine Rechtsbeschränkung des Erben nicht nachweisen. Die Vollm.adT. ist ein Fall der Stellvertretung gemäß §§ 164 ff. BGB. Ihr Wesensmerkmal besteht darin, daß die rechtsgeschäftlichen oder prozessualen Willenserklärungen, die der Bevollmächtigte adT. innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgibt oder die ihm gegenüber abgegeben werden, für und gegen den Erben wirken. In der Rechtsfolge der Fremdwirkung erschöpfen sich die Wirkungen der Vollm.adT. Der Erbe ist durch die Vollm.adT. nicht gehindert, jede denkbare Rechtshandlung für den Nachlaß selbst wirksam vorzunehmen, nur kann auch der Bevollmächtigte neben ihm handeln und ihm zuvorkommen. Bestimmungen, die den §§ 2211 ff. BGB entsprächen, fehlen bei der Vollm.adT.

Die Vollm.adT. belastet den Erben nur insofern, als die rechtsgeschäftlichen oder prozessualen Handlungen des Bevollmächtigten adT. für und gegen ihn wirken, so als habe er sie selbst vorgenommen. In dieser Fremdwirkung ist aber keine Rechtsbeschränkung des Erben zu erblicken. Im Gegensatz zur TV. braucht der Erbe nämlich nicht zu dulden, daß sich die in der Vollm.adT. enthaltenen Wirkungsmöglichkeiten für und gegen ihn vollenden. Der Erbe kann die Vollm.adT. grundsätzlich <sup>54)</sup> jederzeit widerrufen (§ 168 S. 2 BGB) und damit dem Bevollmächtigten adT. die Möglichkeit abschneiden, mit Wirkung für und gegen ihn zu handeln. Während sich der Erbe bei der TV. der Fremdwirkung aus eigener Kraft nicht entziehen kann <sup>55)</sup>, kann er den Tatbestand der Vollm.adT., aus dem die Fremdwirkungen erwachsen, jederzeit <sup>56)</sup> durch einfachen Widerruf beseitigen und damit künftige Fremdwirkungen verhindern. Wenn der Erbe die Vollm.adT. bestehen läßt, so bedeutet das, daß er mit den künftigen Fremdwirkungen, die sich aus dem Weiterbestand der Vollm.adT. ergeben können, einverstanden ist oder sie wenigstens billigend in Kauf nimmt. Von einer Rechtsbeschränkung des Erben könnte man nur dann sprechen, wenn der Erbe wie im Fall der TV. der Fremdwirkung unvermeidbar ausgesetzt wäre.

---

54) Über die Rechtslage bei der unwiderruflichen Vollm.adT. wird noch gesondert zu sprechen sein; vgl. unten IV.

55) Die Fremdwirkung allein ist auch bei der TV. noch keine Rechtsbeschränkung des Erben. Sie wird zu einer Rechtsbeschränkung des Erben erst dadurch, daß der Erbe ihr unvermeidbar ausgesetzt ist; vgl. oben S. 30.

56) Das Widerrufsrecht beginnt mit dem Erbfall, nicht erst mit der Erteilung des Erbscheins. Der Bevollmächtigte oder der Dritte, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, können nicht den Widerruf bis zur Vorlage des Erbscheins zurückweisen. Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß der Erbe seine Erbeneigenschaft bei einem einseitigen Rechtsgeschäft durch Erbschein nachweisen müßte; vgl. Staudinger-Firsching § 2353 Anm. II Note 13.

Allerdings wird es häufig vorkommen, daß der Erbe nicht weiß, daß der Erblasser eine Vollm.adT. erteilt hat oder wem er sie erteilt hat oder daß überhaupt der Erbfall eingetreten ist. Wird dann von der Vollm.adT. Gebrauch gemacht, so muß der Erbe die Wirkung des stellvertretenden Handelns hinnehmen, auch wenn die vorgenommenen Rechtsgeschäfte seinem Willen nicht entsprechen, z.B. wenn der Bevollm.adT. eine Nachlaßsache veraußert, die der Erbe gerne für seinen persönlichen Gebrauch behalten hätte. Das ändert aber nichts daran, daß auch in einem solchen Fall der Bestand der Vollm.adT. rechtlich mit dem Erbfall dem Willen des Erben anheimgegeben ist. Der Erbe war lediglich tatsächlich an der Ausübung des Widerrufs gehindert. Die tatsächliche Verninderung oder Erschwerung des Widerrufs kann aber nicht dazu führen, in solchen Fällen eine Rechtsbeschränkung des Erben anzunehmen, auch dann nicht, wenn der Erblasser die Vollm.adT. vor seinem Erben bewußt verheimlicht hat. Denn die Rechte des Erben, insbesondere sein Widerrufsrecht, bleiben unberührt. Der Fall liegt nicht anders, als wenn der Erbe nach dem Erbfall selbst eine Vollm. hinsichtlich des Nachlasses erteilt, später aber die beabsichtigten Rechtsgeschäfte bereut. Kann der Erbe seine Vollmacht wegen praktischer Schwierigkeiten, z.B. wegen Krankheit, nicht rechtzeitig widerrufen, so muß er das stellvertretende Handeln seines Bevollmächtigten in seinen Wirkungen hinnehmen, auch wenn er das Ergebnis nicht mehr gewollt hat. Hier wird niemand daran denken, von einer Rechtsbeschränkung des Erben zu sprechen.

Also: Entscheidend ist nicht die konkrete (tatsächliche), sondern die abstrakte (rechtliche) Widerrufsmöglichkeit; nicht der Widerruf, sondern das Widerrufsrecht<sup>57)</sup>. Die Vollm.adT. stellt sich daher nicht als Rechtsbeschränkung des Erben dar.

Eine Rechtsbeschränkung des Erben kann auch nicht darin erblickt werden, daß die Vollm.adT. nicht von dem betroffenen Erben, sondern vom Erblasser herrührt. Die Vollm.adT. wird zwar mit dem Erbfall wirksam, ohne daß der Erbe ihr Entstehen verhindern könnte. Jedoch wird eine Rechtsbeschränkung des Erben dadurch vermieden, daß der Erbe an die zunächst gegen seinen Willen eingetretene Vollm.adT. nicht gebunden ist. Es ist nicht entscheidend, wie die Vollm.adT. zustande gekommen ist, sondern daß ihr Fortbestand vom Willen des Erben abhängt.

---

57) Raettig S. 15/16 und Heldrich Iherings Jahrbücher 79 315 ff. (316) meinen, das Widerrufsrecht stelle keinen genügenden Schutz für den Erben dar, und wollen auch aus diesem Grunde ein mandatum post mortem ablehnen. Der Schutz des Erben ist jedoch nicht entscheidend. Entscheidend ist allein, ob die Vollm.adT. im Rechtskreis des Erben dieselben Wirkungen entfaltet wie die TV., und das ist infolge des Widerrufsrechtes nicht der Fall.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß die Vollm.adT. die Rechtsstellung des Erben nicht beschränkt. Sie unterscheidet sich in diesem Punkte wesentlich von der TV.

## 2. Kriterium: Fremdwirkung?

Mit der Rechtsbeschränkung des Erben sind die Wesensmerkmale der TV. noch nicht erschöpft. Ein weiteres Wesensmerkmal der TV. besteht darin, daß die Rechtshandlungen des TV. für und gegen den Nachlaß, teilweise sogar gegen das Eigenvermögen des Erben wirken ("Fremdwirkung").

Die Fremdwirkung tritt in einer für den Erben rechtsbeschränkenden Weise ein, weil der Erbe ihren Eintritt nicht hindern kann, der für ihn unvermeidbar ist. Die TV. kann auch nicht so gestaltet werden, daß der Erbe den TV. jederzeit entlassen oder ihm alle einzelnen Handlungen verbieten könnte. Fremdwirkung und Rechtsbeschränkung hängen bei der TV. eng zusammen, aber diese enge Verzahnung beider Elemente der TV. darf nicht hindern, die Fremdwirkung als ein selbständiges Merkmal der TV. herauszustellen. -

Die Fremdwirkung ist aber nicht nur ein eigenständiges, sie ist auch ein wesensnotwendiges Merkmal der TV. Anders als beim Merkmal der Rechtsbeschränkung bedarf die Wesenhaftigkeit der Fremdwirkung keines langen Beweises; denn es ist gerade der Sinn und Zweck der TV., daß einer Vertrauensperson des Erblassers die rechtsgeschäftliche und prozessuale Einwirkungsmöglichkeit auf den Nachlaß eröffnet wird. Es ist zwar möglich, daß der Erblasser die rechtsgeschäftlichen und prozessualen Befugnisse des TV. beschränkt (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB). Aber diejenigen Rechtshandlungen, für die der TV. nach dem Willen des Erblassers befugt bleibt, sei es auch nur eine einzige, entfalten ihre Rechtswirkungen für und gegen den Nachlaß (den Erben). Ist natürlich dem TV. vom Erblasser jede rechtsgeschäftliche oder prozessuale Befugnis entzogen, was denkbar ist, weil die TV. keinen bestimmten rechtsgeschäftlichen Mindestumfang haben muß, und verbleiben demgemäß dem TV. nur tatsächliche Einwirkungen auf den Nachlaß (z.B. die sachverständige Pflege von Kunstgegenständen), dann ist zwar keine Fremdwirkung gegeben, dann wird aber auch der Vergleich mit der Vollm.adT. sinnlos, weil die Vollmacht adT. als Vollmacht notwendig auf Rechtsgeschäfte bezogen ist. Man muß den Begriff der TV. auf eine TV. mit rechtsgeschäftlicher Befugnis beschränken und kann dann sagen, daß die Fremdwirkung bei jeder TV. gegeben ist, die eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit zum Inhalt hat.

Die Fremdwirkung ist aber auch ein wesensnotwendiges Element der Vollm.adT., weil es der Sinn und Zweck einer Vollmachtserteilung ist, daß der Bevollmäch-

tigte irgendwelche rechtsgeschäftlichen und prozeßualen Handlungen vornehmen kann, die für und gegen eine andere Person - im Regelfall den Vollmachtgeber, hier den Erben des Vollmachtgebers - wirken. Nur fehlt der Vollm. adT. eine Rechtsbeschränkung des Erben. In dem Wesensmerkmal der Fremdwirkung stimmen TV. und Vollm. adT. überein. Diese Übereinstimmung kann nicht mit dem formalen Einwand bestritten werden, daß die Mittelsperson im Falle der TV. im eigenen Namen<sup>58)</sup> handle und die Fremdwirkung der TV. sich folglich nicht nach § 164 BGB (Handeln im fremden Namen') vollziehe, sondern nach § 185 Abs. 1 BGB (bei Verfügungsgeschäften) oder überhaupt ohne gesetzliches Vorbild (bei obligatorischen Rechtsgeschäften), während die Vollmacht wesensgemäß ein Handeln der Mittelsperson in fremdem Namen bedeute (§ 164 Abs. 1 BGB). Es kommt in diesem Zusammenhang weder auf die formale Einordnung unter eine gesetzliche Bestimmung noch auf die Art und Weise, wie die Mittelsperson nach außen auftritt, an. Wichtig ist allein das Ergebnis des Handelns der Mittelsperson für den Erben in seinen Rechtsbeziehungen zu dritten Personen, daß also z. B. der Erbe das Eigentum an einer Nachlaßsache an einen Dritten verliert, daß er ihm gegenüber verpflichtet wird usw. Aus diesem Grunde ist es auch gleichgültig, daß es sich bei der Prozeßführung des TV. nicht um eine prozeßuale Stellvertretung, sondern um einen Fall der Prozeßführungsbefugnis handelt<sup>59)</sup>. Die Wirkung ist für den Erben genau die gleiche. Das zeigt sich dann, wenn der Erbe nach dem Wegfall der TV. in den anhängigen Prozeß eintritt: dann muß er nämlich alle Prozeßhandlungen des TV. gegen sich gelten lassen, nicht anders als sei der Prozeß von Anfang an in seinem (des Erben) Namen durch einen Prozeßbevollmächtigten geführt worden. Es ist auch gleichgültig, ob das Urteil gegen den Erben selbst lautet oder ob es der Erbe nur vermöge der Rechtskraftwirkung (§§ 327, 728 Abs. 2 ZPO) gegen sich gelten lassen muß; in beiden Fällen ist er an das Urteil gebunden und kann keine Neuverhandlung des Streitgegenstandes erzwingen. Auch der Umfang der Fremdwirkung reicht bei der Vollm. adT. genau so

---

58) So wenigstens die herrschende Meinung, die den TV. als Amtsperson bezeichnet; vgl. Staudinger-Dittmann Vorbem. IV 1f Note 13 vor § 2197; BGB-RGRK Anm. 3 vor § 2197; Erman-Hense Vorbem. 2 vor § 2197; Lange § 29 III 2c; Crome § 674 I Anm. 6; RGZ 61/139 ff(145). - Jedoch muß der TV. bei seinen Rechtsgeschäften zu erkennen geben, daß er als TV. handelt, wenn er vermeiden will, Rechtswirkungen für und gegen sein Privatvermögen zu erzeugen. Insofern kann man, streng genommen, eigentlich nicht sagen, daß der TV. im eigenen Namen handle; darauf weist Kipp-Coing § 66 III zutreffend hin.

59) H. M.; vgl. Staudinger-Dittmann § 2212 Anm. I Note 2; Anm. II 1 Note 7; BGB-RGRK § 2212 Anm. 1, Anm. 3 vor § 2197; Stein-Jonas-Schönke Anm. I 2a vor § 50 ZPO; BGH 1/65 (68); BayObLGZ 1951/454.

weit wie bei der TV. Die Handlungen des TV. erzeugen Nachlaßverbindlichkeiten. Die Gültigkeit der Vollm. adT. unterstellt, müssen auch die Handlungen des Bevollmächtigten adT. Nachlaßverbindlichkeiten für den Erben erzeugen. Die Vollm. adT. ist eine materielle Verf. vTw. und muß daher auch genau die weitreichenden Folgen für den Erben haben, wie sie die echten, im Gesetz eigens geregelten materiellen Verf. vTw. aufweisen, nämlich eine grundsätzlich unbeschränkte, aber beschränkbare Haftung des Erben.

### 3. Kriterium: Ausschließlichkeit?

Man könnte einen weiteren Wesenszug der TV. darin erblicken, daß sie bezweckt, für jede denkbare, mit der Verwaltung des Nachlasses zusammenhängende Rechtshandlung die ausschließliche Zuständigkeit einer einzigen Person, sei es des TV., sei es des Erben, zu begründen<sup>60)</sup>. Jede Rechtshandlung, die den Nachlaß betrifft, soll immer nur jeweils von einer einzigen Person ausgeführt werden können. Zweck des Gesetzes wäre es dann, ein Nebeneinander mehrerer, gleichermaßen befugt auf den Nachlaß einwirkender Personen und damit die Gefahr von Doppelhandlungen<sup>61)</sup> zu vermeiden. Diese Erwägung soll im folgenden kurz als "Ausschließlichkeitsgrundsatz" bezeichnet werden. Die Ausschließlichkeit bezieht sich nicht auf die einzelnen Nachlaßgegenstände. Ein und derselbe Nachlaßgegenstand kann der Einwirkung mehrerer Personen unterliegen, etwa dann, wenn der Erblasser dem TV. die Verwaltung des betreffenden Gegenstandes nicht ganz entzogen hat (§ 2208 Abs. 1 S. 2 BGB), sondern ihm nur einige Befugnisse hinsichtlich dieses Gegenstandes entzogen (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB) und damit dem Erben übertragen, im übrigen es aber bei der Zuständigkeit des TV. belassen hat. TV. und Erbe können dann hinsichtlich dieses Gegenstandes nebeneinander tätig werden, aber - und das ist die Frage - jeder nur mit bestimmten Rechtshandlungen, die ausschließlich ihm zustehen und dem anderen Teil verwehrt sind. Allein auf diese letztere Frage zielt der Ausschließlichkeitsgrundsatz. Die Ausschließlichkeit muß auf die einzelnen Rechtshandlungen bezogen werden, die hinsichtlich der Nachlaßgegenstände denkbar sind.

60) Dabei kann "der TV." seinerseits aus einer Mehrheit von Personen bestehen (§ 2224 BGB) und "der Erbe" eine Miterbengemeinschaft (§ 2038 ff. BGB) sein.

61) Der Ausschließlichkeitsgrundsatz darf nicht so verstanden werden, als sei ausschließlich der TV. zur Vornahme von Rechtshandlungen für den Nachlaß befugt, der Erbe aber von jeglicher Handlung für den Nachlaß ausgeschlossen, wenngleich das für den Regelfall der TV. annähernd zutrifft (§ 2211 ff. BGB).

Trafte der Ausschließlichkeitsgrundsatz als Kriterium der TV. zu, dann wäre die Vollm.adT. in der Tat für unzulässig zu erachten, weil für sie das Nebeneinander von Vertreter und Vertretenem charakteristisch ist, so daß Doppelhandlungen hinsichtlich ein und derselben Rechtshandlung möglich sind, z.B. ein doppelter Verkauf einer Nachlaßsache durch den Erben und den Bevollm.adT.

Der Grundsatz der Ausschließlichkeit gehört aber nicht zu den Wesensmerkmalen der TV. In erster Linie spielt hier die Frage eine Rolle, ob der Erblasser durch letztwillige Verfügung gemäß § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB von dem Grundsatz der Ausschließlichkeit abweichen kann. Wenn ja, kann der Grundsatz der Ausschließlichkeit für die TV. nicht wesensnotwendig sein. Das Gesetz ergibt insofern einen Anhaltspunkt, als in § 2220 BGB einige das kausale Verhältnis zwischen TV. und Erben betreffende Vorschriften (§§ 2215, 2216, 2218, 2219 BGB) aufgeführt sind, von denen der Erblasser durch letztwillige Verfügung nicht abweichen kann. Das könnte im Wege des Gegenschlusses darauf hindeuten, daß dem Erblasser andere Abweichungen vom gesetzlichen Normalbild der TV. gestattet sind. Man könnte auch an einen Schluß vom Größeren zum Kleineren, vom Entzug der TV.-Rechte auf die Beseitigung ihrer Ausschließlichkeit, denken. Entscheidend sind diese formalen Schlüsse allein nicht. Entscheidend ist vielmehr folgende Erwägung:

Die vom Gesetz für den Normalfall der TV. entworfene Regelung hat ihren guten Sinn. Von einem Erblasser, der sich einmal entschlossen hat, einen TV. einzusetzen, ist zu vermuten, daß er gewichtige Gründe gehabt hat, den Fähigkeiten, der Erfahrung oder auch dem Charakter seines Erben zu mißtrauen. Dann ist es gerechtfertigt, daß das Gesetz diesen vermuteten Willen des Erblassers weiterführt und möglichst zu verhindern sucht, daß der Erbe selbst für den Nachlaß handelt und damit, absichtlich oder unabsichtlich, vielleicht die Verwaltungsabsichten des TV. und so letztlich den Willen des Erblassers durchkreuzt. Den Erblasser können aber auch andere Gründe bewogen haben, eine TV. anzuordnen. Vielleicht will er den Erben mit der TV. gar nicht bevormunden, vielleicht will er ihm, besonders bei einem umfangreichen Nachlaß, nur einen Helfer zur Seite stellen, der ihn bei der schwierigen Vermögensverwaltung unterstützen, aber nicht verdrängen soll. Vielleicht will der Erblasser gerade, daß zwei Personen in der Verwaltung des Nachlasses tätig werden, weil er sich davon ein besseres Ergebnis verspricht. Daß man diesen Willen des Erblassers respektiert, wenn er dem Erben die eigene Handlungsfreiheit ganz oder teilweise beläßt, dafür spricht das Prinzip der Testierfreiheit, das unser ganzes Erbrecht beherrscht. Es sollte bei Zweifelsfragen oberste Richtschnur in der Auslegung der erbrechtlichen Normen sein.

Allerdings kann die Testierfreiheit nicht gelten, wo wesentliche Belange anderer Personen zu schützen sind. Solche Schranken lassen sich hier nicht nachweisen.

Die Nachlaßgläubiger, deren Ansprüche bei einer leichtfertigen Verwaltung des Nachlasses durch den Erben gefährdet werden können, scheiden aus, da sie keinen Anspruch auf die Übertragung der Verwaltung des Nachlasses an einen TV. haben; der Erblasser braucht überhaupt keinen TV. zu ernennen. Was die Person des Erben anbelangt, die hier vornehmlich in Betracht kommt, so zwingen seine Interessen nicht, dem Erblasser eine Abweichung von der gesetzlichen Ausschließlichkeit der Befugnisse des TV. (§ 2211 ff. BGB) zu verbieten, vielmehr fordern sie geradezu, dem Erblasser eine solche Möglichkeit zu gestatten. Der Erbe erleidet durch die Regelung der §§ 2211 ff. BGB eine sehr weitgehende Beschränkung seiner Rechtsstellung. Eine solche Einschränkung stellt im geltenden Recht - wenigstens für den volljährigen, nicht entmündigten Menschen - eine Ausnahme dar und daraus folgt, daß die einschlägigen Bestimmungen der TV. möglichst zugunsten des betroffenen Erben ausgelegt werden sollten, um seine Rechtsstellung ertraglich zu gestalten. Dann aber darf man den Befugnissen des TV. keine Ausschließlichkeit beilegen, sondern muß zulassen, daß der Erblasser dem Erben gestatten darf, neben dem TV. tätig zu werden - denn das vermindert die Rechtsbeschränkung des Erben, weil er selbst wirksam für den Nachlaß handeln kann<sup>62)</sup>, und verbessert somit seine Rechtsposition als Inhaber des Nachlasses. Demgegenüber fällt die Gefahr, daß TV. und Erbe bezüglich ein und desselben Nachlaßgegenstandes doppelte, einander widersprechende Rechtshandlungen vornehmen, nicht ins Gewicht - denn diese Gefahr läßt sich im Rechtsleben nie völlig ausschalten. Sie besteht auch bei der normalen TV., wo diese Gefahr nach dem Willen des Gesetzes ausgeschlossen werden sollte. Auch hier ist der Erbe rein tatsächlich nicht gehindert, die dem TV. vorbehaltenen Rechtsgeschäfte selbst vorzunehmen, nur haben sie wegen der Beschränkung seiner Rechtsmacht keine Wirksamkeit für und gegen den Nachlaß. Auch hier können also TV. und Erbe zwei widersprechende Verfügungen über denselben Nachlaßgegenstand treffen. Wie immer bei doppelten Verfügungen ist die eine Verfügung unwirksam, allerdings nicht wie sonst die spätere Verfügung, sondern die des Erben (§ 2211 Abs. 1 BGB) ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme. Es können auch zwei widersprechende Verpflichtungsgeschäfte vorliegen, von denen das des Erben nicht aus dem Nachlaß erfüllt werden kann (arg. § 2214 BGB), während es sonst darauf ankommt, welches Rechtsgeschäft zuerst erfüllt wird.

Diese geringe Einschätzung der Gefahr von Doppelhandlungen kommt auch in dem Institut der Nachlaßpflegschaft (§ 1960 Abs. 2 BGB) zum Ausdruck. Der Nachlaßpfleger ist nach herrschender Meinung<sup>63)</sup> echter Stellvertreter des (end-

62) Die unabänderliche Bindung an die Fremdwirkung der Handlungen des TV. bleibt bestehen.

63) Staudinger-Lehmann § 1960 Anm. IV 3 Note 46; BGB-RGRK § 1960 Anm. 20; Ehard-Eder in Soergel-Siebert § 1960 Anm. 7a Note 12; Kipp-Coing § 125 III 1, 5.

gültigen) Erben nach § 164 ff. BGB. Da der Erbe durch die Nachlaßpflegschaft weder in seiner Geschäftsfähigkeit noch in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt wird <sup>64)</sup>, kann auch der Erbe alle Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen den Nachlaß vornehmen <sup>65)</sup>. Erbe und Nachlaßpfleger können also nebeneinander und völlig unabhängig voneinander alle den Nachlaß betreffenden Rechtshandlungen vornehmen. Nun wird zwar ein Nachlaßpfleger nur dann bestellt, wenn der Erbe unbekannt ist (§ 1960 Abs. 1 S. 2 BGB), so daß die Gefahr von Doppelhandlungen praktisch nicht sehr groß ist. Das aber schließt nicht aus, daß das Gesetz mit der Nachlaßpflegschaft das Nebeneinander zweier handlungsbefugter Personen im Bereich des Erbrechts grundsätzlich anerkannt hat.

Was dritte Personen anbelangt, also die Geschäftsgegner, so stehen ebenfalls keine Interessen auf dem Spiele, die eine Einengung der Testierfreiheit des Erblassers rechtfertigen würden; denn ob die ihnen versprochene Verfügung deswegen unwirksam ist, weil der Erbe überhaupt nicht wirksam verfügen kann (§ 2211 Abs. 1 BGB) oder weil ihm der TV. mit einer anderweitigen Verfügung über den betreffenden Nachlaßgegenstand zuvorgekommen ist, ist im Ergebnis gleichgültig. Die Gefahr ist für den Geschäftsgegner in beiden Fällen gleich groß; in beiden Fällen steht ihm gegen den Erben ein Schadensersatzanspruch (§ 325 BGB) zu, der ins Eigenvermögen des Erben vollstreckt werden kann.

Nach alledem muß § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB so ausgelegt werden, daß der Erblasser den Erben letztwillig ermächtigen kann, voll wirksam neben dem TV. und unabhängig von ihm zu handeln. Erwähnt sei, daß der Erblasser durch diese Abweichung von der normalen TV. noch kein der Vollm.adT. identisches Gebilde schafft. Die Vollm.adT. setzt sich von dieser Sonderform einer TV. klar ab, weil die TV. auch in diesem Falle, wo der Erbe wirksam für den Nachlaß handeln kann, noch immer eine Rechtsbeschränkung des Erben aufweist: Der Erbe bleibt unabänderlich an die Fremdwirkung der vom TV. hinsichtlich des Nachlasses vorgenommenen Rechtshandlungen gebunden, mit der einen Ausnahme, daß Verfügungen des TV. unwirksam sind, wenn der Erbe schon vorher anderweitig über den betreffenden Nachlaßgegenstand verfügt hat.

64) Staudinger-Lehmann § 1960 Anm. IV 4d Note 54; BGB-RGRK § 1960 Anm. 29.

65) Eine Ausnahme macht die Prozeßführung. Gemäß § 53 ZPO steht der Erbe einer nicht prozeßfähigen Person gleich, wenn der Nachlaßpfleger in einem Prozeß als Vertreter auftritt. Der Erbe kann dann nicht neben dem Nachlaßpfleger prozessual handeln.

Auch bei der normalen TV. führt das Gesetz den Ausschließlichkeitsgrundsatz nicht lückenlos für alle denkbaren Rechtshandlungen durch. So kann z. B. den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht nur der TV., sondern auch der Erbe stellen (§ 217 Abs. 1 KO). Das mag seinen guten Grund haben, weil durch die Anordnung der TV. dem Erben nicht die Möglichkeit genommen werden darf, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, ändert aber nichts daran, daß zwei Personen für die eine Verfahrenshandlung zuständig sind. In *Analogie* zu § 217 KO sind auch beide Personen befugt, den Antrag auf Nachlaßverwaltung (§ 1981 Abs. 1 BGB) zu stellen<sup>66)</sup>. Eine doppelte Zuständigkeit ist gemäß § 991 Abs. 1 und 2 ZPO auch für den Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens (§ 1970 BGB) gegeben. Sie liegt auch vor beim Antrag auf Zwangsversteigerung eines Nachlaßgrundstückes (§ 175 Abs. 1 S. 1 und 2 ZVG). Im wesentlichen führt das Gesetz den Ausschließlichkeitsgedanken also nur bei den Verfügungen, bei der Begründung von Nachlaßverbindlichkeiten und bei Prozeßhandlungen durch. Wäre der Ausschließlichkeitsgrundsatz ein Wesensmerkmal der TV., so müßte gefordert werden, daß jede denkbare, auf den Nachlaß bezogene Rechtshandlung der ausschließlichen Zuständigkeit einer einzigen Person, des TV. oder des Erben, unterliegt.

Aus diesen beiden Gründen, nämlich weil der Erblasser durch Verf.vTw. von der Ausschließlichkeit der Rechte des TV. abweichen kann (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB) und weil das Gesetz selbst die ausschließliche Zuständigkeit einer einzigen Person für eine bestimmte Rechtshandlung nicht lückenlos durchführt, ist der Grundsatz der Ausschließlichkeit, wie er für das gesetzliche Normalbild der TV. wenigstens bei den wichtigsten Rechtsgeschäften anzunehmen ist, als Wesensmerkmal der TV. abzulehnen. Er scheidet für die weitere Erörterung der Frage, ob die Vollm.adT. eine unzulässige Umgehung der TV. darstelle, aus.

#### 4. Kriterium: Konzentration der Nachlaßverwaltung?

Bei einer Miterbengemeinschaft ist zu einer Verfügung grundsätzlich Einstimmigkeit erforderlich (§§ 2039, 2040 BGB), zu sonstigen Rechtsgeschäften Stimmenmehrheit (§ 2038 Abs. 1 S. 1 BGB). Man könnte deshalb die Ansicht vertreten, daß das Gesetz mit der TV. dem Erblasser die Möglichkeit geben wollte, solche für die Verwaltung des Nachlasses lästigen Mehrheits- und Einstimmigkeitserfordernisse abzuschaffen und statt dessen den TV. als einzigen, an die Zustimmung der Miterben nicht gebundenen Verwalter des Nachlasses einzusetzen. Dieses

---

66) Staudinger-Lehmann § 1981 Anm. II 6c Note 8; BGB-RGRK § 1981 Anm. 6.

Ziel, das man als „Konzentration der Nachlassverwaltung“ bezeichnen könnte, ist der TV. wiederum nicht wesentlich zueinig. Die Unterschiede, genügt der Hinweis auf § 2224 Abs. 1 BGB, der dem Erben gestattet, mehrere TV. nebeneinander einzusetzen, die dann etwa denselben Regeln unterstehen, wie eine Mehrheit von Erben, weil auch für sie grundsätzlich Einstimmigkeit erforderlich ist<sup>67)</sup>, sofern der Erblasser keine abweichende Anordnung getroffen hat.

Damit ist die nötige Vorarbeit zur Entscheidung, ob die TV. das rechtsähnliche Institut der Vollm.adT. ausschließe, beendet. Als Ergebnis ist festzuhalten: TV. und Vollm.adT. stimmen in dem Wesensmerkmal der Fremdwirkung überein, weil in beiden Instituten eine vom Erblasser eingesetzte Mittelsperson nach seinem Tode mit Wirkung für und gegen den Nachlaß handeln kann. Sie unterscheiden sich aber in dem Merkmal der Rechtsbeschränkung des Erben, das nur die TV. aufweist und das darin besteht, daß der Erbe den Eintritt der Fremdwirkung nicht verhindern kann, meist auch von eigenen Rechtsänderungen hinsichtlich des Nachlasses ausgeschlossen ist. TV. und Vollm.adT. sind also beides materielle Verf.vTw., die eine Fremdwirkung ermöglichen sollen und können, das ist ihr gemeinsamer Oberbegriff. Ihre Sondermerkmale liegen in dem Bestehen oder Fehlen einer Rechtsbeschränkung des Vererbenden Erben. Man kann, überspitzt ausgedrückt, die TV. als eine unwiderrufliche Vollm.adT. auffassen und umgekehrt die Vollm.adT. als eine widerrufliche TV., eine TV. minderen Grades, bezeichnen.

### III.

Das bisherige Untersuchungsergebnis läßt zwei entgegengesetzte Schlüsse zu. Man kann die Zulässigkeit der Vollm.adT. folgern, weil sie mangels Rechtsbeschränkung des Erben in ihren Wirkungen hinter der TV. zurückbleibt. Oder man kann die Unzulässigkeit der Vollm.adT. folgern, weil sie wie die TV. eine Fremdwirkung für und gegen den Nachlaß ermöglicht. Was ist maßgebend? Die Übereinstimmung beider Rechtsverhältnisse oder ihre Verschiedenheit, die Rechtsbeschränkung oder die Fremdwirkung? Die Antwort auf diese Frage entscheidet über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vollm.adT.

Die Lösung ergibt sich aus der Aufgabe, welche der Rechtsbeschränkung im Rahmen der TV. zukommt. Diese Aufgabe wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, welchen Sinn die Verf.vTw. für den Erblasser haben. Vom Standpunkt des Erblassers gesehen, sind Verf.vTw. Möglichkeiten (Mittel),

67) Staudinger-Dittmann § 2224 Anm. III 1 Note 6; BGB-RGRK § 2224 Anm. 1; Erman-Hense § 2224 Anm. 1.

durch Willenserklärung auf sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode einzuwirken. Wenn es der Sinn der Verf.vTw. ist, dem Erblasser ein Mittel an die Hand zu geben, hinsichtlich seines Vermögens postmortale Ziele zu verfolgen, dann muß das Gesetz bei jeder Verf.vTw. zwei Fragen regeln. Einmal muß es sich entscheiden, welche Einwirkungen auf sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode es dem Erblasser überhaupt gestatten will, und in welchem Umfange. Diese Frage bereitet bei denjenigen Verf.vTw., die im Gesetz geregelt sind - im folgenden als "typische Verf.vTw." oder "förmliche Verf.vTw." bezeichnet -, keine Schwierigkeiten. Fraglich ist dagegen, ob auch außerhalb des Gesetzes Verf.vTw. zulässig sind, insbesondere ob lebzeitige Rechtsgeschäftstypen durch Abstellung adT. in materielle Verf.vTw. umgewandelt werden können.

Entschließt sich das Gesetz für die Zulassung einer Verf.vTw., dann muß es auch die weitere Frage regeln, wie der letzte Wille des Erblassers verwirklicht und die Verwirklichung sichergestellt wird. Die Einräumung einer postmortalen Einwirkungsmöglichkeit hat für den Erblasser nur einen Sinn, wenn das Gesetz ihm gewährleistet, daß sich sein letzter Wille nach seinem Tode verwirklichen wird. Das Gesetz darf sich nicht darauf beschränken, den letzten Willen des Erblassers zuzulassen, sondern muß mit seiner Regelung auch dafür sorgen, daß die Durchsetzung oder wenigstens die Durchsetzbarkeit des letzten Willens des Erblassers nach seinem Tode gesichert ist.

Hat das Gesetz diese Erwägung beachtet? Wenn man sich der TV. <sup>68)</sup> zuwendet, erkennt man, daß hier der letzte Wille des Erblassers alle Aussicht hat, voll verwirklicht zu werden. Der Wille des Erblassers zielt bei der TV. darauf ab, daß der Erbe zwar Rechtsinhaber des Nachlasses werde, daß er aber selbst keine Rechtshandlungen für den Nachlaß vornehme, sondern an seiner Stelle ein "Zwangsverwalter" (= TV.) auftrete und er dessen Handlungen als eigene hinnehme. Daß dieser Wille sich nach seinem Tode erfüllt, ist dem Erblasser garantiert: denn die Rechtsbeschränkung, die das Gesetz dem Erben auferlegt, macht jeden entgegenstehenden Willen des Erben unmöglich: Eigene Rechtshandlungen des Erben für den Nachlaß sind unwirksam, die Handlungen des TV. mit ihrer Fremdwirkung muß er unvermeidbar hinnehmen.

Gewährleistet die Rechtsbeschränkung des Erben so die Verwirklichung des Willens

---

68) Ähnlich ist die Rechtslage, wenn der letztwillig Bedachte minderjährig ist und der Erblasser gemäß § 1638 Abs. 1 BGB n.F. bestimmt hat, daß die Eltern das zugewendete Vermögen nicht verwalten sollen. Der Pfleger (§ 1909 Abs. 1 S. 2 BGB) beschränkt die Rechte der Eltern ebenso wie der TV. die Rechte des Erben.

des Erblassers nach dessen Tode <sup>69)</sup>, dann erscheint sie vom Standpunkt des Erblassers aus als ein notwendiger Bestandteil der gesetzlichen Regelung der TV., weil sie eine für den Aufbau jeder materiellen Verf.vTw. notwendige Funktion wahrnimmt. Sie erscheint als ein Mittel des Gesetzes, den Willen des Erblassers nach dessen Tode durchzusetzen.

Bei den Verf.vTw., die der TV. vergleichbar sind, weil sie die Rechtsinhaberschaft des Erben nicht berühren, bedient sich das Gesetz nicht des Mittels der Rechtsbeschränkung; diese ist eine einmalige Besonderheit der TV. Bei jenen Verf.vTw., z.B. beim Vermächtnis, begnügt sich das Gesetz damit, dem Erben Pflichten obligatorischer Art aufzuerlegen. Hier erscheint es, als habe das Gesetz sich nicht dem Problem gewidmet, für die Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens nach dem Tode zu sorgen. Sobald nur Pflichten in Frage stehen, bleibt dem Erben für seinen eigenen Willen ein gewisser Spielraum, den Willen des Erblassers zu erfüllen oder nicht zu erfüllen. Die rechtliche Wirksamkeit seiner Maßnahmen wird nicht beeinträchtigt, mögen sie noch so sehr im Widerspruch zum Willen des Erblassers stehen. Aber diese Unsicherheit für den Erblasser ist nicht so groß, daß man nicht gleichwohl von einer Garantie der Durchsetzbarkeit sprechen könnte. Der Erblasser ist nicht völlig schutzlos dem guten Willen des Erben preisgegeben; denn das Gesetz schafft Sanktionen, um die Erfüllung der Pflichten zu erzwingen. Wenn der Erbe dem Vermächtnisnehmer die vermachte Sache nicht übereignen will (§§ 2174, 929 BGB), kann der Vermächtnisnehmer auf Leistung (Übereignung, Auflassung, Abtretung usw.) klagen, nötigenfalls durch die staatlichen Organe im Wege der Zwangsvollstreckung sein Recht durchsetzen und so den Willen des Erblassers gegen den Willen des Erben verwirklichen. Falls der Erbe die vermachte Sache nach dem Erbfall veräußert oder vernichtet, bevor der Vermächtnisnehmer die Zwangsvollstreckung einleiten kann, so macht sich der Erbe nach den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse (§§ 280, 276 BGB) schadensersatzpflichtig <sup>70)</sup>, evtl. auch nach § 826 BGB, wenn er die Rechte des Vermächtnisnehmers böswillig vereitelt. Man kann also auch in diesen Fällen, wirtschaftlich betrachtet, sagen, daß für die Durchsetzbarkeit des letzten Willens des Erblassers gesorgt sei; nur ist die Initiative für die Durchsetzung des Erblasserwillens dem Bedachten übertragen.

Ähnlich wie beim Vermächtnis ist es auch im Falle des § 2044 BGB. Wenn alle Miterben bis auf einen den Nachlaß entgegen dem Teilungsverbot des Erblassers

69) Die Durchsetzbarkeit ist im folgenden zu verstehen als Durchsetzbarkeit gegenüber dem Erben, nicht als solche gegenüber dem TV. Dem TV. ist keine Rechtsbeschränkung auferlegt, da er sein Amt jederzeit kündigen kann (§ 2226 BGB).

70) Staudinger-Seybold § 2174 Anm. I 3a Note 4; Erman-Hense § 2174 Anm. 1; BGB-RGRK § 2174 Anm. 8.

auseinandersetzen wollen, dann kann der eine widersprechende Miterbe auf Unterlassung der Ausführung des Teilungsplanes klagen und eine einstweilige Verfügung erwirken. Da er sein Einverständnis nicht erklärt hat und somit dem Vertrag der übrigen Miterben nicht beigetreten ist, wirkt dieser Vertrag ihm gegenüber nicht. Er kann nach dem Wegfall des Teilungsverbotes mit der Erbteilungsklage einen neuen Teilungsplan erzwingen oder das Nachlaßgericht gemäß §§ 86 ff. FGG um Vermittlung der Auseinandersetzung ersuchen. Der Wille eines einzigen Miterben kann also die Umgehung des Erblasserwillens durch die übrigen Miterben zunichte machen. Der Erblasserwille kann nur dann außer acht gelassen werden, wenn alle Miterben sich daran beteiligen, weil die Zuteilung der einzelnen Nachlaßgegenstände dinglich wirksam ist (arg. § 137 BGB)<sup>71)</sup>. Aber auch in diesem Falle ist zu beachten, daß die Anordnung des Erblassers regelmäßig den Sinn haben wird, nicht nur dem einzelnen Miterben ein Widerspruchsrecht gegen die Teilung zu geben, sondern ohne Rücksicht auf den übereinstimmenden Willen der Erben die Teilung auszuschließen. Die Anordnung hat alsdann den Charakter einer Auflage (§ 2192 ff. BGB)<sup>72)</sup>. Es kann dann auch die zuständige öffentliche Behörde auf die Unterlassung der Teilung klagen, wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt (§ 2194 S. 2 BGB), z. B. wenn eine wertvolle Kunstsammlung zusammengehalten werden soll. Umgekehrt ist den Miterben, die den Nachlaß teilen wollen, eine Sanktion ihres der Verfügung des Erblassers widersprechenden Willens versagt. Sie können insbesondere keine Erbteilungsklage mit Erfolg erheben, solange das Teilungsverbot des Erblassers besteht. Der widersprechende Miterbe, gegen den sie auf Zustimmung klagen, braucht bloß das Teilungsverbot im Prozeß einzuwenden, um zu erreichen, daß die Klage als unbegründet abgewiesen wird. Da auch das Nachlaßgericht an die letztwilligen Anordnungen des Erblassers gebunden ist, müßte es einen Antrag der Miterben, die Auseinandersetzung des Nachlasses zu vermitteln (§§ 86 ff. FGG), zurückweisen<sup>73)</sup>.

Im Falle des § 2048 BGB ergibt sich eine ähnliche Rechtslage wie bei § 2044 BGB. Der einzelne Miterbe braucht seine Mitwirkung bloß zu versagen, dann kann der letzte Wille des Erblassers von den übrigen Miterben nicht verletzt werden; auch hier ist ein einverständliches Zusammenwirken sämtlicher Miterben erforderlich.

---

71) Staudinger-Lehmann § 2044 Anm. I 3 Note 3; BGB-RGRK § 2044 Anm. 3; Erman-Hense § 2044 Anm. 3 und Anm. 2c; Kipp-Coing § 116 IV 3c; Lange § 46 II 3a.

72) Staudinger-Lehmann § 2044 Anm. II 2 Note 6; BGB-RGRK § 2044 Anm. 3, Kipp-Coing § 116 IV 3b.

73) Staudinger-Lehmann aaO.; BGB-RGRK aaO.

Aus alledem folgt, daß der Wille des Erblassers auch bei denjenigen materiellen Verft.vTw., die dem Erben rechtlich obligatorische Pflichten auferlegen, geschützt ist. Das Gesetz legt dem Erben diese unvollkommenen Pflichten auf, indem es sie mit Sanktionen (Klagebefugnis, Schadensersatz usw.) bestraft, so daß es sich um mehr als bloß unverbindliche Wünsche oder Ratssätze des Erblassers an seinen Erben handelt. Wenn auch das Gesetz den letzten Willen des Erblassers dem Erben nicht unmittelbar aufzwingt, wie bei der TV., so sorgt es doch mittelbar dafür, daß der Wille des Erblassers nach seinem Tode durchsetzbar, seine Erfüllung nicht bloß dem guten Willen des Erben anheim fällt. Der Wille des Erblassers in manchen Fällen nicht verwirklicht werden wird, ist unbedeutend, schadet aber nicht. In der großen Mehrzahl der Fälle, und darauf kommt es an, wird das Gesetz mit der Methode der Pflichtenauflegung Erfolg haben.

Der Kreis der Betrachtung schließt sich, wenn man die über vererbenden Verft.vTw. einbezieht. Es handelt sich um diejenigen Verft.vTw., bei denen die Rechte des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter nicht belastet, sondern völlig entzogen werden. Der vom Erblasser gewollte Erfolg, der in einem völligen Rechtsentzug besteht, tritt mit dem Erbfall von selbst ein, ohne daß dem Handeln oder Unterlassen von Nachlaßbeteiligten ein Spielraum für eigene Willensbetätigung eingeräumt wäre. Die Rechtsänderung vollzieht sich, wie bei der TV., im Augenblick des Erbfalls mit dinglicher Wirkung, nur daß das ganze Recht der Substanz nicht entzogen wird, während bei der TV. die Rechtsstellung als Inhaber der Nachlaßgegenstände dem Erben verbleibt und ihm nur Einzelbefugnisse (z.B. die Verfügungsbefugnis) entzogen werden. Wenn aber der Erblasser von der gesetzlichen Erbfolge abweichen will und eine andere Person zum Erben einsetzt (§§ 1938, 2087, 2278 BGB), dann wird der Bedachte mit dem Erbfall sofort Erbe, ohne daß es irgendwelcher Handlungen oder Pflichten der übertragenden gesetzlichen Erben bedürfte. Will der Erblasser dem gesetzlichen Erben auch noch den Pflichtteil entziehen (§§ 2333 ff. BGB), dann bewirkt diese Verfügung, daß der Pflichtteilsanspruch, der mit dem Erbfall als obligatorischer Anspruch entsteht (§ 2301 Abs. 1 BGB), ausnahmsweise nicht zu Entstehung gelangt. Im Falle des § 331 BGB geht die Forderung des Versprechensempfängers (= des Erblassers) mit dem Erbfall auf den begünstigten über, nach der Rechtsprechung sogar ohne überhaupt jemals Nachlaßbestandteil geworden zu sein<sup>74)</sup>.

Die Beispiele ließen sich vermehren. In allen diesen Fällen wird der Wille des Erblassers notwendig immer verwirklicht. Damit gelangt man insgesamt zu folgendem Ergebnis:

74) RGZ 80/175 ff; 88/137 ff.; 106/1 ff.; vgl. ferner Erman-Hense § 2301 Anm. 4; BGB-RGRK § 2301 Anm. 17.

Bei jeder mat. Verf. vTw., die im Gesetz geregelt ist, lassen sich zwei Wirkungsweisen aufzeigen, entweder eine dingliche Wirkung, sei es als voller Entzug eines Nachlaßrechtes, sei es als Entzug von Einzelbefugnissen, oder eine Auferlegung von Pflichten, die mit Sanktionen bewehrt sind. Durch diese beiden Methoden erreicht das Gesetz, daß sich der letzte Wille des Erblassers nach seinem Tode verwirklicht oder wenigstens durchsetzbar ist. Wie eingangs gefordert, befaßt sich das Gesetz bei jeder typischen, d. h. im Gesetz geregelten Verf. vTw. mit der Frage, in welcher Weise es den letzten Willen des Erblassers nach dessen Tode gegenüber dem Erben <sup>75)</sup> durchsetzen soll. Es gewährleistet, zumindest bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise, bei jeder typischen Verf. vTw. die Erfüllung oder wenigstens die Erfüllbarkeit des letzten Willens des Erblassers.

Die Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens zu garantieren, ist also eine wichtige Funktion der Verf. vTw. Die Rechtsbeschränkung, die dem Erben bei der TV. auferlegt ist, genauer: die unabänderliche Bindung des Erben an die Handlungen des TV. <sup>76)</sup>, muß als Ausfluß dieser Funktion verstanden werden. Der Rechtsbeschränkung des Erben kommt damit innerhalb der TV. eine wesentliche Bedeutung zu. Sie bewirkt, daß der Wille des Erblassers, der auf die Vornahme postmortaler Rechtsgeschäfte gerichtet ist, nach seinem Tode gegen den Willen des Erben erfüllbar ist. Sie ist der Teil der TV., der ihre Gemeinsamkeit mit den anderen typischen Verf. vTw. ausmacht.

Wenn die Bedeutung, welcher der Rechtsbeschränkung des Erben für die TV. zukommt, hervorgehoben wird, so ist das nicht so zu verstehen, als sei das Merkmal der Fremdwirkung unwichtig. Die Tatsache, daß ein Verwalter für den Nachlaß handelt, gibt der TV. ihren Inhalt; die Fremdwirkung ist der eigentliche Kern der TV. Aber wenn diese Verwaltung Kraft und Bestand haben soll, dann muß das Merkmal der Rechtsbeschränkung hinzutreten, und erst dieses letztere Merkmal macht sie als Werkzeug des Erblasserwillens geeignet.

Daraus folgt: Wenn eine unzulässige Umgehung der TV. angenommen werden soll, müßte die Vollm. adT. nicht nur die Fremdwirkung nachahmen, sondern müßte sie auch dem Erben eine Rechtsbeschränkung auferlegen. Die Vollm. adT. weist

---

75) Die Durchsetzbarkeit kann je nach dem Inhalt der betreffenden Verf. vTw. auch gegenüber anderen Nachlaßbeteiligten bestehen, sofern diesen eine Last auferlegt ist, z. B. gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten, dem der Pflichtteil entzogen wird, oder gegenüber dem Vermächtnisnehmer, dem ein Untervermächtnis auferlegt ist u. a. m., dagegen nicht gegenüber den Mittelspersonen wie TV. oder Bevollm. adT.; vgl. oben Anm. 69.

76) Sie ist der Teil der Rechtsbeschränkung, der notwendig bei jeder TV. vorliegt.

keine Rechtsbeschränkung für den Erben auf. Sie ist daher keine unzulässige Umgehung der TV.

Das schließt nicht aus, daß TV. und Vollm. adT. Rechtsverhältnisse sind, die sehr eng miteinander verwandt sind. Beide bezwecken eine postmortale Einwirkung auf das Vermögen des Erblassers, indem für den Nachlaß ein Verwalter eingesetzt wird. Nur hat der Erblasser bei der TV. die Garantie, daß die Verwaltung gegen den Erben durchgesetzt wird. Bei der Vollm. adT. ist die Verwaltung dem Willen des Erben anheimgestellt. Man kann die Vollm. adT. als eine TV. schwächeren Grades bezeichnen. Die Rechtsregeln der TV. können in vorsichtiger Analogie auf die Vollm. adT. übertragen werden.

#### IV.

Eine Minderheit im Schrifttum will auch eine unwiderrufliche Vollm. adT. für zulässig halten, obwohl eine unwiderrufliche Vollm. adT. eine Bindung des Erben bedeutet und damit eine Konkurrenz zur TV. besonders nahe liegt. Allerdings ist die Unwiderruflichkeit nicht schrankenlos; denn wie bei jedem anderen Dauerrechtsverhältnis ist auch hier ein Widerruf aus wichtigem Grunde möglich <sup>77)</sup>.

Für die Zulässigkeit einer unwiderruflichen Vollm. adT. werden im wesentlichen folgende Gründe vorgebracht <sup>78)</sup>:

a) Es wird versucht, Unterschiede zwischen unwiderruflicher Vollm. adT. und TV. herauszuarbeiten und hierbei die unwiderrufliche Vollm. adT. als die leichtere Beschränkung des Erben nachzuweisen. Insbesondere wird hervorgehoben, daß die unwiderrufliche Vollm. adT. von einer Verfügungsbeschränkung des Erben, wie sie die TV. mit sich bringe (§§ 2211 ff. BGB), weit entfernt sei, da der Erbe trotz der unwiderruflichen Vollm. adT. jederzeit selbst wirksam handeln könne und dem

---

77) Kleinschmidt S. 92; Ettlinger S. 101/102; Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 9; Staudinger-Coing § 168 Anm. IV 2a Note 12a; BGB-RGRK § 168 Anm. 4; Soergel-Siebert (Schultze-v. Lasaulx) Anm. IV 4d Note 23; Ennecerus-Nipperdey § 186 IV 2c.

78) Ohne nähere Begründung hält Hilderscheid DNotZ 1938 482 ff. (491) eine unwiderrufliche Vollm. adT. für zulässig; ebenso RG Recht 1908 Nr. 90; unklar Kettler S. 54 ff., der es einerseits für unmöglich hält, daß die zu Lebzeiten des Machtgebers widerrufliche Vollmacht mit seinem Tode unwiderruflich werde, andererseits aber eine unwiderrufliche Vollm. adT., sogar eine Generalvollm. adT., für zulässig hält.

Bevollm. adT. durch eigenes Handeln zuvorkommen könne: so Kleinschmidt (S. 91), v. Tuhr <sup>79)</sup>, Reinshagen <sup>80)</sup>, Bauer-Mengelberg <sup>81)</sup>, Ettlinger <sup>82)</sup>, Kettler (S. 54 ff.).

Dem ist entgegenzuhalten, daß es keinen Wesensunterschied zwischen unwiderruflicher Vollm. adT. und TV. gibt. Die Verfügungsbeschränkung des Erben liegt bei der TV. zwar regelmäßig vor, kann aber vom Erblasser gem. § 2208 I 1 BGB abbedungen werden; der Erbe kann zu eigenem Handeln neben dem TV. ermächtigt werden. Auf die Verfügungsbeschränkung des Erben darf daher, weil nicht notwendig bei jeder TV. gegeben, nicht abgestellt werden. Entscheidend, weil bei jeder TV. notwendig gegeben, ist die unvermeidbare Bindung des Erben an die Fremdwirkung der Handlungen des TV. Und eine solche Bindung des Erben an eine Mittelsperson ist auch bei der unwiderruflichen Vollm. adT. gegeben. -

b) Vielfach - insbesondere von Schlegelberger-Vogels-Hezel <sup>83)</sup>, Staudinger-Coing <sup>84)</sup>, Lehmann <sup>85)</sup>, Lange <sup>86)</sup>, Oertmann <sup>87)</sup>, Lamberg (S. 29), Heimersbach (S. 61) und Kettler (S. 54 ff.) - werden die Eigenschaften der TV. und ihre Unterschiede gegenüber der (widerruflichen) Vollm. adT. klar herausgearbeitet, jedoch bei der Prüfung der unwiderruflichen Vollm. adT. die gewonnenen Kriterien der TV. nicht auf die unwiderrufliche Vollm. adT. angewandt. Die naheliegende Konkurrenz zur TV. wird außer acht gelassen und stattdessen die Frage der unwiderruflichen Vollm. adT. - genauer: die Frage der unwiderruflichen Spezialvollm. adT. - einseitig nach den allgemeinen, für die lebzeitigen Vollmachten geltenden Regeln beurteilt. Nicht die erbrechtliche Würdigung entscheidet, sondern die allgemeinen Vollmachtsregeln. Anders ausgedrückt; Dagegen, daß die Vollmacht erst mit dem Tode des Machtgebers unwiderruflich werde, könnten keine größeren Bedenken bestehen als gegen jede andere Unwiderruflichkeitsklausel. Schwierigkeiten bereite nicht der Umstand, daß die Voll-

79) Bd. 2, 2. Hälfte, § 85 S. 409 Anm. 214; im Gegensatz zu S. 401 Anm. 157, wo er zutreffend hervorhebt, daß der Bevollm. adT. sich vom TV. dadurch unterscheide, daß er vom Willen des Erben abhängig sei.

80) S. 12.

81) S. 63 i. V. m. S. 26.

82) S. 99 ff.; sie fügt noch hinzu (S. 101), daß der unwiderruflich Bevollm. adT. den Weisungen des Erben unterstehe, der TV. nicht, was aber hinsichtlich des Bevollm. adT. nicht stimmt (darüber unten § 14).

83) § 168 Anm. V Note 20.

84) § 168 Anm. II 2 a.

85) § 36 V 7.

86) § 31 III 3 b S. 334.

87) Bankarchiv 1913/14 S. 8/9.

macht erst mit dem Tode des Machgebens unwiderruflich werde, sondern allein die Frage, ob und wann nach dem Tode der Erb- oder Vollmacht überhaupt unwiderruflich erteilt werden könne.

Ganz auf die lebzeitige Vollmacht zugeschnitten ist auch die Erwägung, daß die (unwiderrufliche Vollm. adT. nicht das gesamte Vermögen des Erblassers ergreife, sondern nur den Nachlaß, und folglich nicht wegen sittenwidriger Benachteiligung des Erben (§ 138 BGB) unzulässig sein könne<sup>88)</sup>.

Die Anwendung des allgemeinen Vollmachtsrechtes, das allen nicht vertiert werden kann, bedeutet im wesentlichen, daß unwiderrufliche Spezialvollmachten adT. gültig sind, wenn die Vollmacht im Interesse des Bevollm. adT. selbst oder eines Dritten<sup>89)</sup>, z.B. des Zuwendungsempfängers, erteilt worden ist (etwa eine Inkassovollmacht, unwiderrufliche Generalvollmachten adT. und auch nach dieser Meinung nicht möglich<sup>90)</sup>. Die vorgetragene Meinung beruht vornehmlich auf der Ansicht, daß eine Vollm. adT. etwas grundsätzlich anderes ist als eine lebzeitige, lebzeitige Vollmacht, nämlich eine mat. Verf.vTw. Die Vollm. adT. untersteht daher in erster Linie erbrechtlichen Normen. Folglich ist die erbrechtliche Frage, ob die unwiderrufliche Vollm. adT. mit dem Institut der TV. zu vereinbaren sei, vorweg zu prüfen. Für eine Anwendung des allgemeinen Vollmachtsrechtes (Widerrufsrechtes) bleibt nur Raum, wenn man zu dem Ergebnis käme, daß die unwiderrufliche Vollm. adT. nicht gegen das Institut der TV. verstößt, also grundsätzlich zulässig sei<sup>91)</sup>; davon kann aber keine Rede sein, weil die Konkurrenz zur TV. von vornherein jede Möglichkeit einer Unwiderruflichkeit ausschließt.

88) So aber Ettlinger S. 101 (neben anderen Argumenten).

89) Oertmann aao. will sogar das Interesse des Erblassers (Beispiel: Auftrag und Vollmacht zur Errichtung eines Grabmals für den Erblasser) als ausreichend ansehen. Gerade das ist nicht möglich, weil der Wille und das Interesse des Erblassers durch atypische Verf.vTw. gegenüber dem Erben nicht durchgesetzt werden kann.

90) Zum Teil mit der Erwägung, daß eine unwiderrufliche Generalvollm. adT. eine unzulässige Umgehung der TV. darstellen würde; so auch Bauer-Mengelberg S. 27; Lamberg S. 38/39.

91) Konsequenz, d.h. ohne Zugeständnis an die Regeln der lebzeitigen Vollmacht, wird dagegen der Gedanke, daß eine unwiderrufliche Vollm. adT. eine unzulässige Konkurrenz zur TV. ist, von Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 3 a Note 104 und 110 vor § 2197 durchgeführt; ebenso von Kipp-Coing § 91 IV 7; Planck-Flad Vorbem. 6 vor § 2197; Würdinger, RGR-Komm. z. HGB, Anm. 95 vor § 48.

c) Eine andere, insbesondere von Boehmer <sup>92)</sup> vertretene Meinung will eine unwiderrufliche Vollm. adT. zulassen, wenn sie schon für den Erblasser selbst zu dessen Lebzeiten unwiderruflich war; anders, wenn die Vollm. adT. erstmals für den Erben unwiderruflich sein soll, worin Boehmer zutreffend die (unzulässige) Einsetzung eines Teil-TV. oder eine Umgehung dieser Rechtsform erblickt. Dieser Unterschied ist bei Boehmer verständlich, weil er die Vollm. adT. mit einer Rechtsnachfolge des Erben in die Machtgeberstellung des Erblassers erklärt (darüber näher unten § 8 III). Die Vollmacht geht dann in der Gestalt auf den Erben über, wie sie in der Person des Erblassers bestand; als unwiderrufliche Vollmacht, wenn sie für den Erblasser unwiderruflich war. - Die Vollm. adT. kann aber, wie noch zu zeigen sein wird, nicht mit einer Rechtsnachfolge des Erben in das vom Erblasser begründete Vollmachtsverhältnis erklärt werden, weil ein Vollmachtsverhältnis, das vererbt werden könnte, zu Lebzeiten des Erblassers noch nicht besteht. Die Vollm. adT. entsteht als mat. Verf. vTw. originär mit dem Erbfall. Ebenso kann die Eigenschaft der Unwiderruflichkeit nur originär mit dem Erbfall entstehen, nicht als Fortsetzung einer bereits für den Erblasser gegebenen Unwiderruflichkeit, weil die Vollm. adT. als solche nicht im Wege der Rechtsnachfolge auf den Erben übergeleitet wird. Der Gedankengang Boehmers trifft nur bei der Vollm. üdT. zu, für die er wohl in erster Linie auch gemeint ist.

d) Umgekehrt nimmt Endemann <sup>93)</sup> die Vollm. adT. aus jeder Rechtsbeziehung zum Erben heraus <sup>94)</sup>. Nach Endemann vertritt der Bevollm. adT. auch nach dem Tode des Machtgebers allein diesen, nicht den Erben; es geht kein Vollmachtsverhältnis durch Rechtsnachfolge auf den Erben über und es entsteht auch in der Person des Erben kein Vollmachtverhältnis neu. Für diese Auffassung ist es naheliegend, daß der Erbe nicht in die Vollmachtsbeziehung, die allein zwischen dem Erblasser (postmortal) und dem Bevollm. adT. besteht, eingreifen kann. Daraus folgt dann für Endemann, daß die Vollm. adT. nicht nur unwiderruflich sein kann, sondern stets unwiderruflich ist.

Man kann aber nicht leugnen, daß zwischen dem Erben und dem Bevollm. adT. ein Rechtsverhältnis besteht und damit auch die Frage nach einem etwaigen Widerrufsrecht des Erben auftritt; denn die Wirkungen des Handelns des Bevollm. adT. treffen allein den Erben und darüber hinaus werden die Rechtsgeschäfte des Bevollm. adT. dem Erben als seine eigenen Rechtsgeschäfte zugerechnet (darüber näher § 4). Auch in sich ist die Meinung Endemanns nicht folgerichtig; denn wenn auch das

92) Staudinger-Boehmer, Einl. z. Erbrecht, § 26 IV 6 Note 18; § 1922 Anm. E XI 5 b Note 226; RG-Festschrift S. 309 ff.; ebenso Poischen S. 38.

93) Band III, 1. Hälfte, § 30 V.

94) Über die Lehre Endemanns näher unten § 8 III.

Vollmachtsverhältnis nicht auf den Erben des Machtgebers übergeht, so ist damit doch nicht ausgeschlossen, daß das Widerrufsrecht des Erblassers auf den Erben übergeht. Das Widerrufsrecht ist nicht Teil des Vollmachtsverhältnisses, sondern steht selbständig neben diesem; die Fähigkeit, ein Rechtsverhältnis zu vernichten, muß von dem Rechtsverhältnis selbst unterschieden werden, mag es auch aus diesem abgeleitet sein. -

e) Eine besondere, auf den Einzelfall abstellende Meinung vertritt Lange<sup>95)</sup>, wenn die Vollm. adT. auf unentgeltliche Zuwendungen auf dem Nachlaß gerichtet ist. Stehe fest, daß der Erblasser ernstlich und endgültig die Zuwendung durchführen wollte, so handle der Erbe pietätlos, wenn er den Auftrag (und die Vollmacht) widerrufe. Die Pietätspflicht verstarke sich zur Rechtspflicht. Der Beauftragte könne sich gegenüber dem Widerruf durch den Erben auf den Willen des Erblassers berufen, wenn es sich um eine sog. Pflicht- oder Anstandsschenkung handle und der Erblasser einen berechtigten Grund für seine Zuwendung hatte. In diesen Fällen stehe dem Beauftragten adT. gegenüber dem Erben eine Einrede zu.

Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, da sie keine fest umrissenen Abgrenzungsmaßstäbe liefert. Sie läuft letzten Endes auf eine Prüfung des Einzelfalles hinaus: je nachdem, ob die vom Erblasser geplante, aber zu seinen Lebzeiten nicht mehr vollzogene Zuwendung dem Rechtsgefühl vertretbar erscheint oder nicht, kann der Widerruf von der Mittelsperson bzw. dem Begünstigten abgewehrt werden oder nicht. Vor allem aber berücksichtigt Lange nicht die konstruktive Frage, ob ein unwiderruflicher Auftrag adT. und eine unwiderrufliche Vollm. adT. überhaupt zulässig sind, ob sie vielmehr nicht wegen Konkurrenz zur TV. oder aus sonstigen erbrechtlichen Gründen ausgeschlossen sind. Erst wenn die Möglichkeit einer unwiderruflichen Vollm. adT. grundsätzlich bejaht werden könnte, kann man darangehen, ihre Zulässigkeit im einzelnen festzulegen. Im Grunde genommen ist die Lehre Langes nur eine Abwandlung der bereits unter b) erwähnten Meinung, die auf die Regeln der lebzeitigen Vollmacht abstellt und danach die Frage der Unwiderruflichkeit entscheidet. Während die Vertreter jener Meinung auf das schutzwürdige Interesse des Bevollm. adT. oder des Begünstigten abstellen, orientiert sich Lange mehr an dem Interesse des Erblassers, das dieser an der postmortalen Zuwendung hat. -

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß keines der im Schrifttum vorgetragenen Argumente die Zulässigkeit einer unwiderruflichen Vollm. adT., sei es allgemein, sei es im Einzelfall, schlüssig rechtfertigt. An Hand der in der vorliegenden Arbeit herausgestellten Wesensmerkmale von TV. und Vollm. adT. ergibt sich vielmehr folgende Auffassung:

95) § 31 III S. 331 ff. (336/337).

Die Vollm.adT., die nach dem Willen des Erblassers für die Erben unwiderruflich sein soll<sup>96)</sup>, stellt eine unzulässige Konkurrenz zur TV. dar, ohne daß im Einzelfall eine besondere Umgehungsabsicht festgestellt werden müßte und ohne daß zwischen unwiderruflicher Spezialvollm.adT. und unwiderruflicher Generalvollm.adT. unterschieden werden könnte; denn sie legt dem Erben in gleicher Weise wie die TV. eine Rechtsbeschränkung auf. Der Erbe kann zwar selbst Rechtsgeschäfte und Prozeßhandlungen mit dem Nachlaß vornehmen, muß aber die Handlungen des Bevollm.adT. unvermeidbar hinnehmen, und in diesem letzteren Umstand ist auch bei der TV. der eigentliche Kern der Rechtsbeschränkung zu erblicken<sup>97)</sup>. Anders ausgedrückt: Die unwiderrufliche Vollm.adT. würde dem Erblasser die Sicherheit geben, daß sein letzter Wille, gerichtet auf die Vornahme postmortaler Rechtsgeschäfte, gegen den Willen des Erben durchsetzbar ist. Damit maßt sich die unwiderrufliche Vollm.adT. eine Funktion an, die allein der TV. als typischer formeller Verfügung zukommt.

Die Vollm.adT. wird nicht entwertet, wenn man ihr die Unwiderruflichkeit versagt. Auch als widerrufliche Vollm.adT. kann sie dem Erblasser wertvolle Dienste leisten (näher unten § 7), nämlich in all den Fällen, wo es dem Erblasser allein darauf ankommt, daß überhaupt eine Mittelsperson da ist, die für den Nachlaß handelt. Wenn etwa der Erbe mit der Vollm.adT. und den damit verfolgten Zielen des Erblassers einverstanden ist, dann mag sich der Erblasser getrost ein Testament ersparen. Der Erblasser muß sich darüber im klaren sein, daß er sich mit der (widerruflichen) Vollm.adT. letztlich dem Willen des Erben anheimgibt. Will der Erblasser bewußt den Willen des Erben ausschalten, dann muß er eine förmliche TV. anordnen. Die Widerruflichkeit der Vollm.adT. ist der Preis, den der Erblasser für die Formlosigkeit dieses Rechtsgeschäfts zahlen muß. Die Widerruflichkeit ist eine Schwäche der Vollm.adT., andererseits aber der Grund für ihre Zulässigkeit.

Die Vollm.adT., die für den Erben unwiderruflich sein soll, ist daher unzulässig<sup>98)</sup>.

---

96) Zulässig ist es, daß der Erblasser die Vollm.adT. nur für sich selbst unwiderruflich macht, die Erben aber die Vollm.adT. widerrufen können. Dieser Fall dürfte in der Praxis kaum vorkommen.

97) S.o. Seite 31.

98) Bei einer Vollm.üdT., die schon für den Erblasser selbst unwiderruflich war, kommt es darauf an, ob man die Fortgeltung der Vollm.üdT. nach dem Tode des Machtgebers mit Erbfolge erklärt oder ob man sie auf eine besondere Erbenklausel stützt und damit auf eine Vollm.adT. zurückführt. Im

Man wird die unwiderrufliche Vollm., adT., allerdings in den meisten Fällen in eine widerrufliche Vollm., adT., umdeuten (§ 140 BGB. können<sup>99)</sup>, so daß nur die Klausel der Unwiderruflichkeit belangig ist, die Vollm., adT., im übrigen gültig bleibt. Ist die Anordnung einer unwiderruflichen Vollm., adT., in einem Testament des Erblassers enthalten oder erfüllt die Anordnung einer unwiderruflichen Vollm., adT., die Voraussetzungen eines eigenhändigen Testaments, dann besteht auch die Möglichkeit, die unwiderrufliche Vollm., adT., als TV. auszulegen oder sie in eine solche umzudeuten<sup>100) 101)</sup>.

---

Fortsetzung der Fußnote 98) von Seite 57:

ersteren Falle ist die Vollm., üdT., für die Erben unwiderruflich (so z. B. Boehmer, RG-Festschrift Seite 310 und Staudinger-Boehmer, Einl. zum Erbrecht, § 26 IV 6 Note 18, § 1922 Anm. E XI 5b Note 226; Poischen S. 43). Eine unzulässige Konkurrenz zur TV. kann nicht vorliegen, weil die Vollm., üdT., bei dieser Konstruktion gar keine mat. Verf.vTw. ist. Wohl stellt die unwiderrufliche Vollm., üdT., für die Erben dieselbe Bindung dar wie eine TV., aber die Bindung entsteht nicht originär mit dem Erbfall und für den Erbfall, sondern es geht nur die bereits zu Lebzeiten des Erblassers für diesen bestehende Bindung wie jedes andere Rechtsverhältnis auf den Erben über. Im zweiten Fall ist die Vollm., üdT., unzulässig, da sie als Vollm., adT., aufgefaßt und behandelt werden muß, genauer: als zeitliche Aufeinanderfolge einer lebzeitigen Vollm., und einer Vollm., adT. Allenfalls kann sie als widerrufliche Vollm., adT., aufrechterhalten werden (§ 140 BGB). - Eindeutig ist dagegen, daß eine Vollm., üdT., unzulässig ist, die für den Erblasser selbst widerruflich ist und mit der Bestimmung erteilt wird, daß sie für die Erben unwiderruflich sein soll. Wenn die lebzeitige Vollm., mit dem Tode des Machtgebers ihre Eigenschaft verändern soll, dann handelt es sich nicht mehr um die Fortsetzung der bereits unter Lebenden bestehenden Vollm., durch Erbgang, sondern um die Begründung einer neuen Vollm., einer Vollm., adT.

- 99) So Oertmann, Bankarchiv 1913/14 S. 10; Würdinger, RGR-Komm. z. HGB, Anm. 95 vor § 48 HGB; Palandt-Keidel, Vorbem. 8 vor § 2197; Meyer S. 35; Haegele S. 10.

Umgekehrt will Eule S. 61 die Konversion nur ausnahmsweise als vom Machtgeber gewollt annehmen.

- 100) So Staudinger-Coing § 168 Anm. II 2 c Note 4 (für die unwiderrufliche Generalvollmacht).

Eine gewöhnliche, widerrufliche Vollm., adT., kann man dagegen nicht in eine TV. umdeuten. Denn beide Rechtsverhältnisse unterscheiden sich zu sehr: An die TV. ist der Erbe gebunden (Rechtsbeschränkung!), an die Vollm., adT., nicht. Das scheint Eule S. 60 zu übersehen. Ein weiterer Unterschied wäre, daß der TV. keine Schenkungen aus dem Nachlaß vornehmen kann (§ 2205 S. 3 BGB), wohl aber der Bevollm., adT. (s. u., § 4).

Daß eine unwiderrufliche Vollm.adT. unzulässig ist, entspricht der im Schrifttum und Rechtsprechung herrschenden Meinung, wenngleich nicht mit der Eindeutigkeit, mit der die widerrufliche Vollm.adT. anerkannt wurde.

Zutreffend stellen die meisten Autoren, so z.B. Staudinger-Coing<sup>102)</sup>, Staudinger-Dittmann<sup>103)</sup>, BGB-RGRK<sup>104)</sup>, Würdinger<sup>105)</sup>, Planck-Flad<sup>106)</sup>, Palandt-Keidel<sup>107)</sup>, Enneccerus-Nipperdey<sup>108)</sup>, Kipp-Coing<sup>109)</sup>, Erman-Hense<sup>110)</sup>, Erman-Bartholomeyczik<sup>111)</sup>, Oertmann<sup>112)</sup>, Leonhard<sup>113)</sup>, Brand-Schnitzler<sup>114)</sup>, Haegeler (S. 10), Meyer (S. 34), Poischen (S. 42/43), Breier (S. 44-45), Eule (S. 59) und das Reichsgericht<sup>115)</sup>, auf die Konkurrenz der unwiderruflichen Vollm.adT. mit der TV. ab. Eine nähere Begründung hierfür lassen die genannten Autoren aber durchwegs vermissen. Sie begnügen sich mit der Feststellung, daß der Erblasser die Einräumung eines für die Erben unkündbaren Rechts auf Verwaltung und Verfügung nur durch Ernennung eines TV. bewirken könne, oder mit ähnlichen Formulierungen, ohne zu sagen, warum das so ist. Bedenklicher ist, daß es meist nur für die Generalvollmacht behauptet wird und nicht klargestellt wird, daß auch die Spezialvollmacht adT. eine unzulässige Umgehung der TV. bedeutet, wenn sie unwiderruflich ist<sup>116)</sup>. TV. und

---

101) Bezweckt die unwiderrufliche Vollm.adT. eine Schenkung aus dem Nachlasse, dann nützt die Umdeutung in eine TV. nichts, weil der TV. keine Schenkungen aus dem Nachlaß vornehmen kann (§ 2205 S. 3 BGB).

102) § 168 Anm. II 2 c Note 4.

103) Vorbem. XXVI 3 a Note 104 vor § 2197; § 2197 Anm. I 4 Note 7.

104) Anm. 12 vor § 2197.

105) RGR-Komm. z. HGB, Anm. 95 vor § 48 HGB.

106) Vorbem. 6 vor § 2197.

107) Vorbem. 8 vor § 2197.

108) § 186 V 5.

109) § 91 IV 7.

110) § 2197 Anm. 6.

111) § 1922 Anm. 7 und Bartholomeyczik, Kurzlehrbuch S. 34/35.

112) Bankarchiv 1913/14 S. 8, 10.

113) Iherings Jahrb. 86/1 ff. (31, 32).

114) § 137 S. 426.

115) RGZ 139/42 = JW 1933/S. 169 Nr. 16; Seufferts Archiv 79 Nr. 221 S. 362 ff. = LZ 1926/Sp. 228.

116) Lediglich Staudinger-Dittmann § 2197 Anm. I 4 Note 7, Enneccerus-Nipperdey § 186 V 5 und RGZ 139/42 führen aus, daß eine Verf.vTw. erforderlich sei, wenn der Erblasser der Mittelsperson eine vom Willen des Erben unabhängige Verwaltung des Nachlasses oder eines Teiles (!) desselben übertragen wolle.

Vollm. adT. unterscheiden sich nicht im Umfang ihrer Befugnisse: denn der Erblasser kann über § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB die Befugnisse des TV. auf einige wenige oder gar nur auf eine einzige Rechtsverh. (z.B. den Verkauf eines bestimmten Nachlaßgrundstückes) beschränken, so daß eine Parallele zur Spezialvollmacht gegeben ist.

Man darf auch nicht auf die Absicht des Erblassers abstellen, durch die unwiderrufliche Vollm. adT. eine TV. zu ersetzen<sup>117)</sup>. Eine solche Absicht wird gegeben sein, wenn der Erblasser durch Erbvertrag an Erben Verträge gebunden ist und daher nachtraglich eine TV. nicht mehr anordnen kann (§ 2201 I BGB). Die Absicht, die TV. zu umgehen, muß aber nicht jeder unwiderruflichen Vollm. adT. innewohnen. Es ist denkbar, daß der Erblasser eine unwiderrufliche Vollm. adT. nur deswegen erteilt, weil er noch nie etwas von einer TV. gehört hat oder weil er sich scheut, ein förmliches Testament zu errichten. Die Entscheidung, ob die Vollm. adT. gültig oder ungültig ist, wäre damit je nach dem Einzelfall verschieden zu beantworten, ganz zu schweigen von der Schwierigkeit, die Absicht des Erblassers festzustellen. Auf die Umgehungsabsicht abzustellen, ist aber vor allem deswegen verfehlt: Die Konkurrenz zwischen Vollm. adT. und TV. kann immer nur danach entschieden werden, welche Wirkungen beide Rechtsverhältnisse in dem Rechtskreis des Erben erzeugen; auf die vom Erblasser verfolgten Zwecke kommt es nicht an. Sobald festgestellt ist, daß die unabänderliche Bindung des Erben an den TV. die wesentliche Wirkung der TV. darstellt, ist damit jede (!) unwiderrufliche Vollm. adT. unzulässig.

Schließlich darf man die Unzulässigkeit einer unwiderruflichen Vollmacht adF. auch nicht auf ihre angebliche Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) stützen, wie es das Kammergericht<sup>118)</sup> und ihm folgend Asch<sup>119)</sup> versucht haben. Von vornherein kann der Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit nur für die unwiderrufliche Generalvollmacht, nicht auch für eine Spezialvollmacht gelten. Die Sittenwidrigkeit der unwiderruflichen Generalvollmacht bestünde dann, daß der Machtgeber seine ganze (!) wirtschaftliche Persönlichkeit dem Willen des Bevollmächtigten ausliefert (Knebelung!). Das Kammergericht meint nun, es widerspreche nicht weniger dem allgemeinen sittlichen Empfinden, wenn die unwiderrufliche Generalvollmacht nur den Nachlaß, nicht das gesamte Vermögen des Erben ergreife. Aber diese

117) So aber deutlich RGZ 139/42 = JW 1933/S. 169 Nr. 16.

118) JFG 1/318 ff. = OLG - Rspr. 42/169 = Recht 1934/1452. Das Kammergericht hielt eine Generalvollmacht, die nach dem Tode des Machtgebers zwei Jahre unwiderruflich sein sollte, für unwirksam, weil eine solche Vollmacht gegen die guten Sitten verstoße.

119) § 62 S. 260.

Schlußfolgerung ist nicht überzeugend und wird im Schrifttum auch nicht geteilt<sup>120)</sup>; denn die Sittenwidrigkeit liegt in der Vollständigkeit, mit der der eigene Wille des Machtgebers, Einwirkungen auf sein Vermögen zu vermeiden, ausgeschaltet wird. Die Vollm. adT. ergreift aber nur den Nachlaß, der vielleicht einen geringen Bruchteil des Gesamtvermögens des Erben ausmacht. Daß der Nachlaß als solcher Beschränkungen unterworfen werden kann, ohne daß das Gesetz dies als sittenwidrig erachtet, zeigt das Beispiel der TV. Die Auffassung des Kammergerichts stellt wiederum einseitig auf die lebzeitige Vollmacht, also auf das allgemeine Vollmachtsrecht, ab, was grundsätzlich falsch ist, weil die Vollm. adT. eine mat. Verf. vTw. ist und als solche in erster Linie den erbrechtlichen Regeln unterliegt. Wendet man wie das Kammergericht den Maßstab der Sittenwidrigkeit an, so gibt es notwendig Fälle, wo unwiderrufliche Vollmachten adT. (insbesondere Spezialvollmachten) zulässig sind. Geht man erbrechtlich vor, was richtig ist, so ist jede unwiderrufliche Vollm. adT. ausnahmslos unzulässig.

---

120) So auch Heldrich Iherings Jahrb. 79/334; Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 8; Kettler S. 57/58; wie das Kammergericht dagegen Hemmersbach S. 63/64.

## Konkurrenz zum Vermächtnis und zur Schenkung von Todes wegen?

### I.

Ein besonderes <sup>1)</sup> Konkurrenzproblem entsteht, wenn der Erblasser eine Vollmacht adT. erteilt, die den Bevollmächtigten adT. zu Schenkungen aus dem Nachlaß ermächtigt. Man könnte betonen, daß der Bevollmächtigte mit einer solchen Vollmacht dieselben Ziele erreicht wie mit einem Vermächtnis oder einer Schenkung vTw., nämlich eine letztwillige Vergabe von Nachlassgegenständen, ohne aber an die förmlichen und sachlichen Schranken dieser Rechtsverhältnisse gebunden zu sein. Man könnte daher gegen die Vollm. adT., soweit sie zu Schenkungen ermächtigt, einwenden, daß sie eine unzulässige Umgehung des Vermächtnis und Schenkung vTw. darstelle.

In der Tat wird im Schrifttum eine Schenkungsvollm. adT. überwiegend abgelehnt <sup>2)</sup>. Man geht davon aus, daß eine Schenkungsvollm. adT. auf ein bestimmtes Ziel wie ein Vermächtnis oder eine Schenkung vTw. ausgerichtet sei, nämlich auf eine letztwillige Vergabe von Nachlassgegenständen. Wenn der Erblasser mit Hilfe einer Vollm. adT. zumindest wirtschaftlich denselben Erfolg wie mit einem Vermächtnis oder einer Schenkung vTw. zu erreichen, dann sei die Vollm. adT. wegen Gesetzesumgehung, genauer: wegen Umgehung des § 2301 I BGB., nichtig. Sie könne nur dann gültig sein, wenn durch die Erteilung einer Vollm. adT. die vom Erblasser geplante postmortale Zuwendung schon zu seinen Lebzeiten gemäß § 2301 II BGB. vollzogen sei.

- 1) Die Frage nach der Konkurrenz zur TV. tritt dagegen bei jeder Vollm. adT. auf, gleich welchen Inhalt die Vollm. adT. hat.
- 2) Poischen S. 27/28; Heldrich Iherings Jahrb. 79/S. 328; Haedeker S. 71 (für die Generalvollm. adT.); Pieper S. 11; Hemmersbach S. 41, 44 (für die Generalvollm. adT.). Müller-Freienfels (S. 322/323) will eine Schenkungsvollm. adT. zwar zulassen, sie aber der erbrechtlichen Form unterstellen, was auf eine Unzulässigkeit der Schenkungsvollm. adT. hinausläuft.  
Ettlinger (S. 87) hält zwar Auftrag und Vollm. adT., die zu Schenkungen ermächtigen, für gültig, da sie dem Bedachten mit dem Erbfall keinen klagbaren Anspruch wie ein Vermächtnis gewähren, sondern lediglich eine Chance auf einen künftigen Anspruch. Jedoch hält Ettlinger (S. 106 ff.) die Schenkungen, die der Bevollm. adT. auf Grund der Vollmacht vornimmt (sog. Hauptgeschäfte), wegen Verstoßes gegen § 2301 I BGB. für ungültig.

Die Prüfung der Schenkungsvollm. adT. <sup>3)</sup> spitzt sich in Schrifttum und Rechtsprechung einseitig auf die Frage des Schenkungsvollzuges zu. Schrifttum und Rechtsprechung haben die Frage des Schenkungsvollzuges durch Vollmachtserteilung eingehend geprüft. Fast einhellig wird ein Schenkungsvollzug verneint <sup>4)</sup>; Durch Erteilung einer Vollmacht werde die künftige postmortale Schenkung lediglich vorbereitet. Der Erblasser und ebenso der Erbe könnten die Vollendung der Zuwendung durch Widerruf oder anderweitige Verfügung über den Zuwendungsgegenstand verhindern <sup>5)</sup>. Der Bedachte erlange durch die (widerrufliche) Vollm. adT. allein noch keine rechtlich gesicherte, seitens des Erblassers oder der Erben nicht mehr zerstörbare Erwerbsanwartschaft, wie sie Voraussetzung für die Annahme eines Schenkungsvollzuges sei. Nur im Falle einer unwiderruflichen Vollm. adT. wird öfters eine dem Vollerwerb des Zuwendungsgegenstandes gleichwertige Erwerbsanwartschaft angenommen <sup>6)</sup>, obwohl die Erwerbsaussicht des Zuwendungsempfängers auch durch den Ausschluß des Widerrufs der Vollmacht nicht unantastbar wird <sup>7)</sup>, denn der Erblasser und später der Erbe können durch eine eigene Verfügung über den Zuwendungsgegenstand die Zuwendung an den Bedachten vernin-

3) Meist wird nicht klar unterschieden, ob der Bevollmächtigte nach dem Willen des Erblassers die Schenkung schon zu Lebzeiten des Machtgebers ausführen konnte (Vollm. üdT.) oder ob er ausschließlich nach dem Tode des Erblassers tätig werden konnte (Vollm. adT.).

4) Staudinger-Dittmann § 2301 Anm. VII 3 Note 34, 35; Staudinger-Lehmann Vorbem. II 3 Note 13 vor § 1937; Staudinger-Boehmer, Einl. z. Erbrecht § 26 IV 6 Note 18; § 1922 Anm. E XI 5 b Note 224-226; RG-Festschrift S. 309 ff.; BGB-RGRK § 2301 Anm. 10; Soergel-Siebert (Ehard-Eder) § 2301 Anm. 2 Note 2; Erman-Hense § 2301 Anm. 3 c; Kipp-Coing § 81 III 2 b, c; Eule S. 67 ff.; Spielmanns Recht 1924 Sp. 403; Hemmersbach S. 43; Poischen S. 35/36; RGZ 83/223 ff. (Bonifatiusfall); RG LZ 1919 Sp. 692 Nr. 6 = Recht 1919 Nr. 1293; RG LZ 1920 Sp. 698 Nr. 4 = Seuff. Archiv 75/217 ff. (Nr. 126) = Recht 1920 Nr. 1488; RG Recht 1924 Nr. 169.

5) Staudinger-Boehmer, Einl. z. Erbr. § 26 IV 6 Note 18 meint, wenn der Beauftragte die Weisung des Erblassers ausführe, bevor die Erben Auftrag und Vollmacht widerrufen hätten, so dürfe kein Zweifel daran bestehen, daß noch eine vom Erblasser vollzogene Schenkung unter Lebenden vorliege; so auch RG LZ 1920 Sp. 698 Nr. 4 = Seuff. Archiv 75 Nr. 126 S. 217. Damit wird eine widerrufliche Schenkungsvollm. adT. als zulässig anerkannt.

6) Boehmer aaO.; Eule S. 67 ff.; Poischen S. 38; Lamberg S. 39 ff.; Ettlinger S. 111.

7) So auch Hemmersbach S. 43.

dem<sup>8)</sup>, und zwar ohne hierdurch gegen ein Recht des Zuwendungsempfangers zu verstoßen.

Die Behandlung des Themas ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des § 2301 II BGB ist verfehlt; denn § 2301 II BGB regelt nur die Frage, ob durch den Schenkungsvollzug eine wirksame Schenkung des Erblassers (!) zustande gekommen ist. Im Falle des postmortalen Schenkungsvollzuges durch eine Mittelsperson besteht aber noch die im Schrifttum nicht erörterte Möglichkeit, eine Schenkung des Erben anzunehmen; hierüber ist aus § 2301 BGB nichts zu entnehmen. Wenn eine Vollmachtserteilung nicht als Schenkungsvollzug im Sinne des § 2301 II BGB ausreicht, so muß die vom Erblasser eingeleitete postmortale Schenkung deswegen noch nicht unwirksam sein. Vielmehr führt die Vollm. adT., wenn von ihr Gebrauch gemacht wird, zu einer eigenständigen Gruppe von Rechtsgeschäften, die zwar vom Erblasser herrühren, aber dem Erben als seine Rechtsgeschäfte zugerechnet werden, worüber sogleich (unten Ziff. II 2) näher zu sprechen sein wird.

Mit diesem Hinweis ist schon angedeutet, daß die Wirkungen der Vollm. adT. und der aus ihr abgeleiteten Rechtsgeschäfte sich von den Wirkungen des Vermächtnisses und der Schenkung vTw. unterscheiden. Das ist der Haupteinwand gegen die herrschende Lehre: Es darf nicht auf den mit der Vollm. adT. erstrebten Zweck, die Vornahme einer postmortalen Schenkung, abgestellt werden, sondern allein auf die Wirkungen im Rechtskreis des betroffenen Erben. Es kommt nicht darauf an, welcher Erfolg durch das atypische Geschäft der Vollm. adT. erstrebt wird, sondern welcher Erfolg tatsächlich erreicht wird<sup>9)</sup>. Wenn sich die Wirkungen des atypischen Geschäfts von den Wirkungen des zu umgehenden Geschäfts in wesentlichen Punkten unterscheiden, dann ist die geplante Umgehung eben nicht gelungen. Die Aufgabe der Untersuchung - unten II - besteht also darin, die Unterschiede in den Wirkungen zwischen Schenkungsvollm. adT. einerseits, Vermächtnis und Schenkung vTw. andererseits aufzuzeigen und zu prüfen, ob die gefundenen Unterschiede so schwerwiegend sind, daß man trotz Zweckgleichheit von einer Umgehung der erbrechtlichen Institute durch die Vollm. adT. nicht mehr sprechen kann.

Auch im Schrifttum wird öfters von den Wirkungen der Vollm. adT. ausgegangen, ohne daß jedoch auf dieser Grundlage eine einheitliche Lösung erzielt würde.

---

8) Darum verlangt Ettliger (S. 111) außer der Unwiderruflichkeit der Vollm. adT. weiter, daß der Erblasser dem Bevollm. adT. den Gegenstand der Zuwendung fiduziarisch übertragen oder wenigstens übergeben habe.

9) So auch Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 8/9; Kleinschmidt S. 75 ff. (77); Breier S. 44/45.

Oertmann <sup>10)</sup> und Kleinschmidt <sup>11)</sup> gehen zutreffend davon aus, daß die Vollm. adT. dem Zuwendungsempfänger keinen eigenen klagbaren Anspruch auf den Zuwendungsgegenstand verleihe, wohl aber das Vermächtnis, und sprechen sich aus diesem Grunde für eine Zulässigkeit der Schenkungsvollm. adT. aus <sup>12)</sup>. Heldrich <sup>13)</sup> zieht aus der ihm bekannten <sup>14)</sup> Wirkungsverschiedenheit keine Folgerungen. Lamberg <sup>15)</sup> entwertet die von ihm anerkannte Wirkungsverschiedenheit, indem er verlangt, daß der Bevollm. adT. dem erkennbaren Willen des Erben nicht zuwiderhandeln dürfe, widrigenfalls die vom Bevollm. adT. vorgenommene Schenkung wegen Vollmachtsmißbrauchs unwirksam sei, wobei eine Vermutung dafür spreche, daß es dem Willen des Erben widerspreche, wenn der Bevollm. adT. eine Schenkung aus dem Nachlaß vornehme <sup>16)</sup>. Breier <sup>17)</sup> erkennt ebenfalls die Wirkungsverschiedenheit an, hält jedoch von vornherein jede atypische Verf. vTw. für unwirksam, da das Erbrecht ein geschlossenes, nicht erweiterungsfähiges System bilde.

## II.

Zwischen Vollm. adT. einerseits, Vermächtnis und Schenkung vTw. andererseits bestehen in der Wirkung für den betroffenen Erben folgende Unterschiede:

1.) Das Vermächtnis und die Schenkung vTw. verschaffen dem Bedachten unmittelbar mit dem Erbfall einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben. Der Bedachte kann sich die ihm zugewendeten Nachlaßgegenstände durch Zwangsvollstreckung gegen den Erben verschaffen, bei schuldhafter Vereitelung seines Anspruches Schadensersatz verlangen <sup>18)</sup>. Es ist sichergestellt, daß der Wille des Erblassers nach seinem Tode voll verwirklicht wird.

10) Bankarchiv 1913/14 S. 8/9.

11) S. 75 ff.

12) Für die Zulässigkeit der Schenkungsvollm. adT. auch Endemann Band III, 2. Hälfte, § 30 V; Lange § 31 III S. 331 ff. (335); Hupka S. 382 und neuerdings auch BGH NJW 1962 S. 1718/19 (wobei es sich allerdings nicht um die Durchführung einer vom Erblasser gewollten Schenkung handelte, sondern um unentgeltliche Verfügungen des Bevollmächtigten zu seinen eigenen Gunsten).

13) Iherings Jahrb. 79/S. 328.

14) aaO. S. 333, 336.

15) S. 39 ff. (41).

16) Die Frage des Vollmachtsmißbrauches ist unten § 14 näher behandelt.

17) S. 40/41, S. 44/45.

18) Nachweise s. o. § 3 Anm. 70.

Nicht so bei der Vollm. adT. ! Hier entsteht für den Bedachten ein obligatorischer Anspruch auf Verschaffung der Nachlassgegenstände erst dann, wenn der Bevollmächtigte von der Vollm. adT. Gebrauch macht und mit dem Bedachten einen Schenkungsvertrag abschließt <sup>19)</sup>. Vorher kann der Erbe die Vollm. adT. widerrufen und damit das Entstehen eines obligatorischen Anspruches des Dritten verhindern; eine unwiderrufliche Vollm. adT. ist unzulässig. Es ist also für den Zuwendungsempfänger höchst ungewiß, ob er den ihm zugedachten Nachlassgegenstand erhalten wird. Das hängt davon ab, ob der Erbe die Vollm. adT. widerrufen will und allenfalls davon, ob der Widerruf rechtzeitig, d. h. vor Gebrauch der Vollmacht, erfolgt. Wenn sich der Erblasser einer Vollm. adT. bedient, um einem Dritten letztwillig etwas zuzuwenden, so hat er keine Gewähr, daß sein Wille nach seinem Tode verwirklicht wird. Die Vollm. adT. bietet dem Erblasser nur die bloße Möglichkeit, eine letztwillige Zuwendung vorzunehmen, ohne Gewähr des Erfolges. Der Erbe kann jederzeit den letzten Willen des Erblassers durchkreuzen, wobei nicht auf die tatsächliche Widerrufsmöglichkeit, die vielleicht nicht immer besteht, gesehen werden darf, sondern auf das Widerrufsrecht.

Wie bei der Erörterung der TV. aufgezeigt, sorgt das Gesetz bei allen typischen (= förmlichen) Verf. vTw. dafür, daß der Wille des Erblassers nach seinem Tode mit Sicherheit durchgesetzt wird oder wenigstens durchsetzbar ist, so daß sich die Durchsetzbarkeitsgarantie als ein wesentliches Merkmal aller förmlichen Verf. vTw. erweist. Wenn sich Vermächtnis bzw. Schenkung vTw. und Vollm. adT. in der Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens unterscheiden, so unterscheiden sie sich in einem wesentlichen Merkmal, und das bedeutet, daß die Vollm. adT. keine unzulässige Umgehung von Vermächtnis und Schenkung vTw. sein kann.

Eine Umgehung von Vermächtnis und Schenkung vTw. ist nur gegeben, wenn die Vollm. adT. für die Erben <sup>20)</sup> unwiderruflich erteilt ist; denn dann kann der Erbe das Entstehen eines obligatorischen Anspruches des Zuwendungsempfängers nicht verhindern. Daß dieser Anspruch nicht unmittelbar mit dem Erbfall entsteht, sondern erst später, wenn der Bevollm. adT. von der Vollm. adT. Gebrauch macht, ist kein so großer Unterschied, daß dadurch eine unzulässige Konkurrenz aufgehoben wäre, zumal auch der Anfall des Vermächtnisses vom Erblasser auf einen beliebigen Zeitpunkt nach dem Erbfall hinausgeschoben werden kann (§ 2177 BGB).

19) Dieser Unterschied wird von Ettlinger S. 87; Lamberg S. 39 ff.; Oertmann, Bankarchiv 1913/14 S. 8/9; Kleinschmidt S. 75 ff. und anderen zutreffend hervorgehoben.

20) Für sich selbst kann der Erblasser die Vollm. adT. unwiderruflich machen; vgl. oben § 3 Anm. 96.

Eine unwiderrufliche Vollm.adT. ist also nichtig<sup>21)</sup>, kann aber, wenn das dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspräche, als widerrufliche Vollm.adT. aufrechterhalten werden (§ 140 BGB).

Hat der Erblasser die unwiderrufliche Vollm.adT. eigenhändig geschrieben und eigenhändig unterschrieben, also die Form des eigenhändigen Testaments gewahrt, dann muß im Einzelfall geprüft werden, ob man die Vollm.adT. nicht in ein Vermächtnis des betreffenden Nachlaßgegenstandes, auf den sich die Vollm.adT. bezieht, umdeuten kann (§ 140 BGB). Das wird man im Zweifel annehmen können; denn wenn der Erblasser zur Unwiderruflichkeit greift, um zu verhindern, daß der Erbe nach seinem Willen die Durchführung der Zuwendung vereitelt, dann wird der Erblasser mit einem Vermächtnis einverstanden gewesen sein, das ihm die erstrebte Sicherheit gewährt. Selbstverständlich ist diese Umdeutung nicht: Vielleicht hat der Erblasser bewußt (nicht die schwächeren, sondern) die andersartigen Wirkungen der Vollm.adT. gewollt, die darin bestehen, daß das vom Bevollm.adT. vorgenommene Rechtsgeschäft in seinen weiteren Rechtsfolgen ein Rechtsgeschäft des Erben ist, was sogleich näher zu besprechen sein wird.

Aus der Tatsache, daß die Vollm.adT. mit dem Erbfall nicht unmittelbar einen

- 
- 21) Damit scheidet auch die Möglichkeit aus, in der Erteilung einer unwiderruflichen Vollm.adT. den Vollzug einer Schenkung vTw. zu erblicken (§ 2301 Abs. 2 BGB), wie das z.B. von Staudinger-Boehmer, Einl. z. Erbrecht, § 26 IV 6 Note 18 a.E.; Erman-Hense § 2301 Anm. 3 b; Eule S. 67 ff.; Poischen S. 38, angenommen wird. Kann aber der Erbe die Vollm.adT. jederzeit widerrufen, so hat der Zuwendungsempfänger durch die Vollmachtserteilung allein keine unentziehbare Erwerbsanwartschaft erlangt, was nach allgemeiner Meinung Voraussetzung für die Annahme eines Schenkungsvollzuges i.S.d. § 2301 Abs. 2 BGB ist. Außerdem kann der Erbe trotz der unwiderruflichen Vollm.adT. jederzeit noch selbst über den Gegenstand der Zuwendung verfügen, so daß auch aus diesem Grunde keine feste Erwerbsanwartschaft des Empfängers gegeben sein kann. Eine Vollm. kann nur dann für die Erben unwiderruflich sein, wenn es sich um eine lebzeitige Vollmacht des Erblassers gehandelt hat (= Vollm.üdT.), welche für den Erblasser selbst unwiderruflich war und daher in unwiderruflicher Gestalt auf die Erben übergegangen ist. Eine solche Vollm.üdT. ermächtigt den Bevollmächtigten aber schon zu Lebzeiten des Machtgebers, die Zuwendung an den Empfänger vorzunehmen. In diesen Fällen, die Staudinger-Boehmer, Erman-Hense aaO. aber offenbar nicht im Auge haben, mag man zur Not einen Schenkungsvollzug i.S.d. § 2301 Abs. 2 BGB annehmen.

Anspruch des Begünstigten erzeugt, wird von manchen Autoren <sup>22)</sup> gefolgert, daß die Vollm.adT. keine mat.Verf.vTw. sei. Das geht zu weit. Die Vollm.adT. ist immerhin geeignet, Einwirkungen auf den Nachlaß des Machtgebers herbeizuführen; und da sie weiter infolge Abstellung auf den Todesfall des Machtgebers ausschließlich den Nachlaß, nicht auch das lebzeitige Vermögen des Machtgebers berühren kann, muß sie als mat.Verf.vTw. angesprochen werden. Sie ist allerdings eine solche schwächerer Art, weil die Verwirklichung des Erblasserwillens nicht gewährleistet ist.

2.) Während es zwischen Vollm.adT. und TV. nur diesen einen Unterschied in der Rechtsbeschränkung des Erben (in der Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens) gibt, unterscheiden sich die Wirkungen von Vermächtnis bzw. Schenkung vTw. und Vollm.adT. noch in einem weiteren Punkte. Das Vermächtnis ist ein Rechtsgeschäft des Erblassers; das vom Bevollmächtigten adT. vorgenommene Rechtsgeschäft ist dagegen ein Rechtsgeschäft des Erben <sup>23)</sup>. Das ist so zu verstehen:

Das vom Bevollm.adT. vorgenommene Rechtsgeschäft wird dem Erben zugerechnet, es gilt als Rechtsgeschäft des Erben. Nicht in dem Sinne, als nehme der Erbe das Geschäft selbst vor, als sei er der Urheber des Rechtsgeschäfts; denn das Rechtsgeschäft geht auf den Willen des Erblassers zurück, ist von diesem durch die Vollm.adT. ermöglicht worden. Daraus folgt, daß sich die Voraussetzungen des Rechtsgeschäfts, z.B. die Verfügungsbefugnis, das Erfordernis behördlicher Genehmigungen u. a. m., ausschließlich nach der Person des Erblassers bestimmen <sup>24)</sup>.

Beispiel: Wenn der Erbe unter Vormundschaft steht, so bedarf der Bevollm.adT. zu keinem Rechtsgeschäft einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, sofern nur der Erblasser unbeschränkt geschäftsfähig war.

Ist das Rechtsgeschäft einmal gültig abgeschlossen, dann bestimmt sich sein weiteres Schicksal nach der Person des Erben; denn der Tatbestand des Rechtsgeschäfts vollendet sich erst nach dem Tode des Erblassers. Es wird so angesehen, als habe der Erbe das Geschäft selbst vorgenommen. Das Rechtsgeschäft des Bevollm.adT. wird dem Erben als sein eigenes "zugerechnet", der Erbe ist Träger des Rechtsgeschäfts. Das Besondere der Zurechnung liegt nicht darin,

22) Ettlinger S. 87; Poischen S. 24; Ebbecke Recht 1916 Sp. 338; Kleinschmidt S. 72, S. 75 ff.

23) Daß auch beim Vermächtnis noch ein Rechtsgeschäft des Erben, nämlich die dingliche Erfüllung durch Übereignung, Auflassung usw., hinzukommen muß, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

24) Darüber siehe Näheres unten § 9-12.

daß die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts, die unmittelbar aus dem Tatbestand des Rechtsgeschäfts erwachsen, den Erben treffen, z.B. daß der Erbe zur unentgeltlichen Übereignung einer Nachlaßsache verpflichtet wird u.a.m. Auch beim Vermächtnis, überhaupt bei jeder mat. Verf. vTw., treffen die unmittelbaren Rechtsfolgen nicht mehr den Erblasser selbst, sondern den Erben oder einen anderen Nachlaßbeteiligten<sup>25)</sup>. Entscheidend ist vielmehr, daß die weiteren Rechtsfolgen sich nach der Person des Erben bemessen. Unter "weiteren" Rechtsfolgen sind diejenigen Rechtsfolgen zu verstehen, die sich an den Gesamttatbestand (= Tatbestand plus Rechtsfolge) des vom Bevollm. adT. vorgenommenen Rechtsgeschäfts anschließen. Anders ausgedrückt: Wenn das vom Bevollm. adT. vorgenommene Rechtsgeschäft insgesamt Tatbestandsmerkmal (Vorfrage) einer anderen Rechtsnorm ist und es darauf ankommt, wessen Rechtsgeschäft es ist, dann ist die Person des Erben maßgebend, ihm wird das Rechtsgeschäft "zuge-rechnet" 26).

Beispiel: Der Erblasser setzt seinen Sohn zum Erben ein, sein Bruder ist mit einem Barvermächtnis von 3.000, -- DM bedacht. Für das Vermächtnis fällt keine Erbschaftssteuer an. Der Bruder gehört zu der Personengruppe der Steuerklasse III (§ 10 Abs. 1 ErbStG). In dieser Steuerklasse ist ein Erwerb von nicht mehr als 3.000, -- DM steuerfrei (§ 17 Abs. 2 S. 1 ErbStG). Bedient sich dagegen der Erblasser einer Vollm. adT., um seinem Bruder 3.000, -- DM nach seinem Tode zuzuwenden, dann fällt Schenkungssteuer an. Denn die vom Bevollm. adT. vorgenommene Schenkung gilt als Schenkung des Erben an seinen Onkel. Der Onkel gehört zur Steuerklasse V. Hier liegt die Besteuerungsgrenze bei 1.000, -- DM.

Man muß also bei den mat. Verf. vTw. folgendes unterscheiden:

a) die Urheberschaft des Erblassers an den Veränderungen im Rechtskreis des Erben,

---

25) Z.B. den Pflichtteilsberechtigten, dem der Erblasser den Pflichtteil entzogen hat.

26) Eine Ausnahme bildet lediglich die Haftungsbeschränkung des Erben. Streng genommen, müßte der Erbe mit seinem gesamten Vermögen, auch mit seinem Eigenvermögen, für die vom Bevollm. adT. begründeten Verbindlichkeiten haften, ohne die Haftung auf den Nachlaß beschränken zu können. Wenn das vom Bevollm. adT. vorgenommene Rechtsgeschäft als Rechtsgeschäft des Erben gilt, müßte eine sog. Nachlaß-Erben-Schuld vorliegen. Hier erfährt die Zurechnung aber eine Begrenzung aus dem Wesen der mat. Verf. vTw. Eine mat. Verf. vTw. kann immer nur eine Nachlaßverbindlichkeit erzeugen, keine Nachlaßerbenschuld mit unbeschränkbarer Haftung des Eigenvermögens des Erben. Man kann auch sagen, die Vollm. adT. ermächtigt den Bevollm. adT. nur dazu, Nachlaßverbindlichkeiten abzuschließen, sei also inhaltlich beschränkt.

b) die Tregerschaft des Erben für die vom Erblasser bewirkten Veränderungen.

Das Vermächtnis ist einheitlich nach Urheberschaft und Tregerschaft ein Rechtsgeschäft des Erblassers. Das Vermächtnis stammt nicht nur vom Erblasser, sondern wird ihm auch als sein Rechtsgeschäft zugerechnet. Der Tatbestand des Vermächtnisses ist nicht nur in die Wege geleitet, sondern bereits zu Lebzeiten des Erblassers vollendet; zur Wirksamkeit bedarf es nur noch des Todes des Erblassers. Der Erbe findet das Vermächtnis bereits vollendet vor, er hat keinen Einfluß auf das Vermächtnis. Es fehlt daher jeder Grund, das Vermächtnis in seinen weiteren Rechtsfolgen dem Erben als sein Rechtsgeschäft zuzurechnen.

Die Vollm. adT. ist dagegen gespalten: Hinsichtlich der Urheberschaft ist sie ein Rechtsgeschäft des Erblassers, hinsichtlich der Tregerschaft ein Rechtsgeschäft des Erben. Diese Spaltung ist für die Vollm. adT. charakteristisch<sup>27)</sup> und unterscheidet sie wesentlich von Vermächtnis und Schenkung vTw.<sup>28)</sup> mit der Folge, daß die Vollm. adT. keine unzulässige Konkurrenz dieser Institute sein kann. Daß das vom Bevollm. adT. abgeschlossene Rechtsgeschäft als Rechtsgeschäft des Erben zu qualifizieren ist, hat eine Fülle von Auswirkungen auf allen möglichen Rechtsgebieten. Die Auswirkung auf erbschaftssteuerlichem Gebiet ist bereits an einem Beispiel dargelegt worden. Die wichtigste Auswirkung der Qualifizierung ergibt sich im Nachlaßkonkurs (§ 214 ff. KO).

Nach § 63 Nr. 4 KO können Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners nicht geltend gemacht werden. Gemeinschuldner des Nachlaßkonkurses

- 
- 27) Dieselbe Spaltung tritt auch bei der TV. auf. Auch die Rechtsgeschäfte, die der TV. vornehmen soll, sind beim Tode des Erblassers noch nicht vollendet, sondern nur ermöglicht. Die Rechtsgeschäfte des TV. sind daher in ihren weiteren Rechtsfolgen ebenfalls als Rechtsgeschäfte des Erben zu qualifizieren. Allgemein läßt sich sagen, daß eine Spaltung zwischen Urheberschaft und Tregerschaft bei den Verf. vTw. immer dann auftritt, wenn die Verf. vTw. erst durch eine Mittelsperson des Erblassers vollendet wird.
- 28) Wenn der Erblasser formlos eine Zuwendung für seinen Todesfall versprochen hat (§ 2301 BGB) und der Bevollm. adT. führt die Zuwendung nach dem Tode des Erblassers aus, dann ist das Schenkungsversprechen des Erblassers nicht rückwirkend wirksam geworden, es liegt kein Schenkungsvollzug i. S. d. § 2301 II BGB vor; a. M. offenbar Staudinger-Boehmer Einl. zum Erbrecht § 26 Anm. IV Note 17, 18; RG LZ 1920 Sp. 698 Nr. 4. Es liegt kein Rechtsgeschäft des Erblassers vor, sondern eine durch sofortigen Vollzug wirksame Schenkung des Erben (!) unter Lebenden, was wichtige Rechtsfolgen hat.

ist für die Zeit nach dem Erbfall der Erbe <sup>29)</sup>. Die vom Bevollm. adT. versprochene Schenkung ist kraft Zurechnung eine Schenkung des Erben, also des Gemeinschuldners, und ist folglich von der Geltendmachung im Nachlaßkonkurs ausgeschlossen <sup>30)</sup>. Im Gegensatz hierzu können sowohl Schenkungsversprechen des Erblassers unter Lebenden als auch Vermächtnisse im Nachlaßkonkurs geltend gemacht werden, wenn auch nachrangig nach allen anderen Nachlaßverbindlichkeiten (§ 226 II KO). Auch hier erweist sich die Vollm. adT. als eine mat. Verf. vTw. schwächerer Art. Es ist nicht nur ungewiß, ob der letztwillig Bedachte jemals einen obligatorischen Anspruch auf die Zuwendung erwirbt, was der Erbe durch Widerruf der Vollmacht verhindern kann. Selbst wenn der Begünstigte einen solchen Anspruch durch den Bevollm. adT. erworben hat, so ist immer noch die Verwirklichung des Anspruchs ungewiß; sie hängt davon ab, daß der Nachlaß nicht überschuldet ist und infolgedessen kein Nachlaßkonkurs stattfindet <sup>31)</sup>. Durch eine Vollm. adT. können also die Vermächtnisnehmer und alle sonstigen Nachlaßgläubiger nicht beeinträchtigt werden, und das ist ein Beweisgrund dafür, daß die Schenkungsvollmacht adT. zulässig sein muß.

Als Ergebnis der Untersuchung ist daher festzuhalten:

Die Vollm. adT. hat a) schwächere und b) andersartige Wirkungen als Vermächtnis und Schenkung vTw. Die Unterschiede sind so schwerwiegend, daß man nicht davon sprechen kann, daß die Schenkungsvollm. adT. ein vollwertiger oder auch nur ein vergleichbarer Ersatz für Vermächtnis oder Schenkung vTw. und damit

---

29) Vgl. Böhle-Stamschräder, § 214 Anm. 3; Jaeger § 214 Anm. III Note 7, Anm. III 3 Note 9; Mentzel-Kuhn § 214 Anm. 6, 7.

30) Die Wirkung der Haftungsbeschränkung reicht hier weiter als sonst; denn es wird nicht nur das Eigenvermögen des Erben endgültig aus der Haftung für die vom Bevollm. adT. versprochene Schenkung gelöst, sondern auch der Nachlaß selbst wird, wenigstens für die Dauer des Nachlaßkonkurses, von dieser Verbindlichkeit befreit.

31) Etwas anders liegt es, wenn der Bevollm. adT. ein entgeltliches Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Hier handelt es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit, die im Nachlaßkonkurs geltend gemacht werden kann, und zwar als einfache Nachlaßverbindlichkeit im Range vor Schenkungen des Erblassers unter Lebenden, vor Pflichtteilsansprüchen und vor Vermächtnissen (§ 226 KO), dagegen im Range nach den (entgeltlichen) Rechtsgeschäften, die der TV. abgeschlossen hat; die letzteren sind gemäß § 224 Nr. 5 KO Masseschulden, werden also vor allen anderen Nachlaßverbindlichkeiten erfüllt. Entgeltliche Rechtsgeschäfte des Bevollmächtigten adT. können nicht als Masseschulden (§ 224 KO) behandelt werden; hierzu wäre eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung erforderlich,

eine Umgehung dieser förmlichen Institute sei. Auch eine Schenkungsvollmacht adT. ist daher zulässig.

Wegen der Unterschiede, die zwischen Vollm. adT. einerseits, Vermächtnis und Schenkung vTw. andererseits bestehen, ist nichts gewonnen, wenn der Erblasser die Schenkungsvollm. adT. in Testamentsform erteilt <sup>32)</sup>. Die Vollm. adT. erlangt damit allein nicht die Wirkungen eines Vermächtnisses oder einer Schenkung vTw., sondern bleibt eine Vollm. adT. mit all ihrer Schwäche; auch eine Umdeutung in ein Vermächtnis oder in eine Schenkung vTw. ist nur im Einzelfall und mit Vorsicht möglich.

---

32) Das wird von Müller-Freienfels S. 322/323 verlangt.

## § 5

## Konkurrenz zu allen Verfügungen von Todes wegen?

Man könnte daran denken, daß die Vollm. adT. in Widerspruch zu der Gesamtheit der erbrechtlichen Ordnung mit ihrer sorgfältig geregelten Interessenabwägung steht. Vielfach wird behauptet, daß das Erbrecht eine abschließende Regelung darstelle, die einer Erweiterung durch atypische Verf. vTw. unzugänglich sei. Es wird, ähnlich wie im Sachenrecht, ein "numerus clausus" der mat. Verf. vTw. angenommen<sup>1)</sup>. Diese Lehre enthält einen richtigen Kern: Es kann dem Erblasser nicht gestattet sein, unter Berufung auf seine Testierfreiheit beliebig neue Verf. vTw. zu schaffen, die das Erbrecht nicht vorsieht. Das Erbrecht und der in ihm verkörperte Interessenausgleich dürfen nicht ausgelöhlt werden.

Die Lehre geht aber viel zu weit, wenn sie dem Erblasser schlechthin jede atypische Verf. vTw. untersagen will. Die im Gesetz geregelten Verf. vTw. reichen nicht aus, um alle berechtigten Wünsche des Erblassers für seinen Nachlaß zu befriedigen<sup>2)</sup>. In jener Allgemeinheit ist der Satz von der Ausschließlichkeit der typischen Verf. vTw. abzulehnen<sup>3)</sup>. Als Beweis mag § 1518 BGB (n.F.) dienen, der allerdings, soweit ersichtlich, zur Lösung des Problems noch nie her-

1) So z.B. Bohmer, RG-Festschrift S. 294; Leonhard § 1937 Anm. II D; Eule S. 53 (er faßt als Verf. vTw. nur solche Geschäfte auf, bei denen der Erblasser seinen Tod zur rechtsgeschäftlichen Bedingung der Vollendung des Tatbestandes gemacht hat; soweit das nicht geschehe, dürfe der Erblasser die Verhältnisse nach seinem Tode auch anders als durch letztwillige Verfügung regeln; S. 52); Pieper S. 11; Fischer S. 15/16, 42; Meyer S. 22/23; Poischen S. 32; Breier S. 40/41 (obwohl er auf S. 44/45 anerkennt, daß die Vollm. adT. andere Wirkungen als das Vermächtnis und die TV. hat!); Neumann S. 53;

a. M. Ettlinger S. 86; Kettler S. 52; Hemmersbach S. 25; Kleinschmidt S. 71 (unter unrichtigem Hinweis auf § 331 Abs. 1 BGB); Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 5 ff.; Lamberg S. 42 ff.; Endemann Bd. III, 2. Hälfte, § 30 I S. 210, IV d S. 218.

2) So aber Breier S. 40/41.

3) So auch Ettlinger S. 86; Kettler S. 52; Hemmersbach S. 25; Kleinschmidt S. 71; Staudinger-Lehmann Vorbem. II 3 Note 12 vor § 1937 BGB (die Regelung der Vermögensverhältnisse adT. sei kein Monopol der letztwilligen Verfügungen, sondern könne auch durch gewisse Rechtsgeschäfte unter Lebenden erreicht werden, insbesondere auch durch eine Vollmacht über den Tod hinaus).

angezogen wurde. § 1518 BGB betrifft die fortgesetzte Gütergemeinschaft und bestimmt, daß Anordnungen, die mit den Vorschriften der §§ 1483-1517 BGB (n.F.) in Widerspruch stehen, von der Ehegatten weder durch letztwillige Verfügung noch durch Vertrag getroffen werden können. Hier sind also Verf. vTw., die nicht ausdrücklich gestattet sind, für unzulässig erklärt. Auch eine Vollm. adT., die der Erblasser hinsichtlich des Gesamtgutes der fortgesetzten Gütergemeinschaft erteilt, wäre unwirksam. Aus § 1518 BGB darf der Umkehrschluß gezogen werden, daß das Gesetz immer dann, wenn es einen numerus clausus im Familien- und Erbrecht will, diesen ausdrücklich anordnet. Der Umkehrschluß aus § 1518 BGB gilt nicht nur im Familienrecht, er gilt auch und vor allem im Erbrecht; denn die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist ihrem Wesen nach eine erbrechtliche Erscheinung, die Sondererbfolge in das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft. Sie ist der allgemeinen Erbfolge getreulich nachgebildet, die Begriffe des Erbrechts kehren in ihr wieder<sup>4)</sup>. Es ist daher nicht verfehlt, aus ihr erbrechtliche Grundsätze wie die Geltung oder Nichtgeltung eines numerus clausus abzuleiten.

- 
- 4) Das Ablehnungsrecht des überlebenden Ehegatten ist in Analogie zur Erbschaftsausschlagung geregelt (§ 1484 II BGB); ähnlich der Verzicht eines Abkömmlings (§ 1491 BGB). Die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten für die überkommenen Gesamtgutsverbindlichkeiten bemißt sich nach der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1489 II BGB). Hinsichtlich der Beteiligung der Abkömmlinge an der fortgesetzten Gütergemeinschaft gilt die gesetzliche Erbfolgeordnung, insbesondere das Stammesprinzip (§§ 1483 I 2, 1490, 1503 I BGB). Die Ausgleichung von Vor- und Nachempfangen regelt sich nach den entsprechenden erbrechtlichen Bestimmungen (§ 1503 II BGB). Als Parallele zur Enterbung findet sich der Ausschluß des Abkömmlings von der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1511 I), wobei dann auch das Pflichtteilsrecht eingreift (§ 1511 II BGB); wie der Erblasser den Pflichtteil entziehen kann, so kann er dem Abkömmling den Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft entziehen (§ 1513 I BGB). Entsprechend der Erbunwürdigkeit gibt es eine Unwürdigkeit des Abkömmlings für den Anteil am Gesamtgut (§ 1506 BGB). Die Abkömmlinge können auch auf ihren Anteil am Gesamtgut verzichten; die für den Erbverzicht geltenden Vorschriften finden entsprechende Anwendung (§ 1517 II BGB). Der Erblasser kann Teilungsanordnungen hinsichtlich des Gesamtgutes treffen (§ 1515 BGB). Statt des Erbscheins gibt es ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1507 BGB).

Ein weiterer Beweis, daß es einen *numerus clausus* im Erbrecht nicht gibt, ist § 2301 BGB. Der Erblasser könnte daran denken, mit dem Zuwendungsempfänger einen Schenkungsvertrag unter Lebenden zu schließen unter der Befristung, daß der Schenkungsvertrag erst mit dem Tode des Schenkers wirksam wird und unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt<sup>5)</sup>. Das Gesetz verbietet aber ein solches Umgehungsgeschäft und ordnet an, daß ein solcher Schenkungsvertrag nach Form und Inhalt den Vorschriften der Verf.vTw. unterliegt. Hier wird also eine atypische Verf.vTw., nämlich ein Schenkungsvertrag adT., ausdrücklich vom Gesetz verboten. Das läßt wiederum den allgemeinen Schluß zu, daß atypische Verf.vTw. nicht von vornherein verboten sind, sondern umgekehrt jeweils besonders verboten werden müssen<sup>6)</sup>.

Allerdings darf man anhand dieser Überlegungen nicht in das andere Extrem verfallen und wandlos alle atypischen Verf.vTw. des Erblassers für zulässig erklären. Man wird einen Mittelweg gehen müssen. Man wird jede einzelne atypische Verf.vTw. gesondert untersuchen und fragen müssen, ob gerade sie in irgendeiner Weise gegen das erbrechtliche System verstößt<sup>7)</sup>. Das ist dann der Fall, wenn sie sich den Erfolg einer bestimmten, im Gesetz geregelten Verf.vTw. annahmt, ohne aber an deren förmliche oder sachliche Schranken, die im Interesse

---

5) Wenn diese Vereinbarung auch keine formlose Zuwendung ermöglicht, weil der Schenkungsvertrag zu seiner Gültigkeit der notariellen Form bedarf (§ 518 I BGB), so wäre sie doch nicht sinnlos. Die Vertragsteile könnten ein Interesse daran haben, daß die Zuwendung noch als Rechtsgeschäft des Erblassers unter Lebenden erscheint; dies böte gegenüber einer letztwilligen Zuwendung des Erblassers manche Vorteile, z.B. gegenüber den Nachlaßgläubigern, und würde infolge Hinausschiebung der Rechtsfolge auf den Tod des Schenkers diesen zu seinen Lebzeiten ebenso wenig belasten wie eine letztwillige Zuwendung.

6) Mit § 331 BGB kann man die Nichtgeltung des *numerus clausus* nicht beweisen (so aber Kleinschmidt S. 71, Oertmann BA 1913/14 S. 5 ff., Kettler S. 52 ff.). Aufgrund dieser Bestimmung kann man allenfalls sagen, das Gesetz kenne nicht nur förmliche (Erbeinsetzung, Vermächtnis usw.), sondern auch formlose Verfügungen vTw. Weitere formlose Verfügungen finden sich z.B. in §§ 1380 I; 1483 I; 2050 III; 2315 I BGB. Alle diese Verf.vTw. sind aber im Gesetz ausdrücklich zugelassen und daher nicht mehr atypisch. Jetzt geht es aber darum, ob Verf.vTw. zulässig sind, die im Gesetz überhaupt nicht ausdrücklich anerkannt sind, mögen sie nun formbedürftig oder formlos sein.

7) So auch Ettlinger S. 86; Hemmersbach S. 25 und auch Fischer S. 15/16, der atyp. Verfügungen vTw. im Einzelfall zulassen will, wenn sie sich noch in die gesetzliche Regelung einfügen.

von Nachlaßbeteiligten errichtet sind, gebunden zu sein; wenn sie sich einen rechtsgeschäftlichen Erfolg anmaßt, der nach dem System des Erbrechts überhaupt nicht gestattet sein soll (z.B. ein dinglich wirkendes Vermächtnis), wenn in irgendeiner Weise die Interessen von Nachlaßbeteiligten, insbesondere von Pflichtteilsberechtigten oder von Nachlaßgläubigern, beeinträchtigt werden können; kurz: wenn die wohlabgewogene erbrechtliche Ordnung mit ihrem Interessenausgleich durch die neue atypische Verf. vTw. gestört würde.

Einen Anhaltspunkt, wann ein solcher Umstand gegeben ist, kann die Überlegung bieten, welche bei der Erörterung der Wesensmerkmale der TV. angestellt wurde. Danach sind die typischen Verf. vTw. dadurch gekennzeichnet, daß sie dem Erblasser die Gewähr für die Durchsetzbarkeit seines letzten Willens geben, und das geschieht in der Weise, daß sie unmittelbar mit dem Erbfall

- a) eine dingliche Rechtsänderung hinsichtlich des Nachlasses, der hinsichtlich der gegen ihn gerichteten Ansprüche bewirken (z.B. Erberrsetzung, Pflichtteilseinzug), oder
- b) obligatorische Ansprüche begründen, sei es gegen den Erben (z.B. Vermächtnis) oder gegen andere Personen (z.B. Intervermächtnis), oder
- c) eine Rechtsbeschränkung erzeugen, sei es zu Lasten des Erben wie bei der TV., sei es zu Lasten anderer Personen wie z.B. der Eltern des minderjährigen Erben, wenn der Erblasser Ergänzungspflegschaft angeordnet hat (§§ 1909 I 2, 1638 I BGB).

Unter keines dieser Rechtsgeschäfte fällt die Vollm. adT. Sie verstößt daher nicht gegen das erbrechtliche System. Mit dieser begrifflichen Erwägung ist es aber nicht getan. Vielmehr muß noch nachgewiesen werden, daß die Vollm. adT. die Interessen keines Nachlaßbeteiligten beeinträchtigt. Dieser Nachweis soll im folgenden für jeden der in Betracht kommenden Nachlaßbeteiligten versucht werden.

## 1. Der Erbe

Der Erbe kann in seinen wirtschaftlichen Interessen nicht beeinträchtigt werden<sup>8)</sup>, auch wenn der Bevollm. adT. noch so ungünstige Rechtsgeschäfte für ihn abschließt oder noch so viele Sachen aus dem Nachlaß verschenkt. Der Erbe hat nie einen Anspruch auf einen bestimmten Umfang oder einen bestimmten Wert des Nachlasses<sup>9)</sup>, er muß den Nachlaß so annehmen, wie ihn der Erblasser hin-

8) So zutreffend Kleinschmidt S. 99; die Erben stünden dem Erblasser wirtschaftlich wie Beschenkte dem Schenker gegenüber.

9) Der Erbe hat höchstens einen Anspruch darauf, daß er Erbe wird, und auch diesen Anspruch hat er nur, wenn er im Wege des Erbvertrages oder des gemeinschaftlichen Testamentes zum Erben eingesetzt wurde.

terlassen hat. Der Erblasser ist nicht gehindert, sein Vermögen zu Lebzeiten zu verschwenden und dem Erben nur einen dürftigen Rest zu hinterlassen oder gar sein Vermögen zu überschulden und so dem Erben nur Schulden zu hinterlassen. Der Erblasser ist auch nicht gehindert, beliebig Vermächtnisse anzuordnen<sup>10)</sup>. Bei dieser Sachlage ist nicht einzusehen, warum der Erblasser sich nicht auch einer Vollm. adT. bedienen können soll, um eine postmortale Einwirkung auf den Nachlaß herbeizuführen, wobei zu beachten ist, daß die Einwirkung durch den Bevollmächtigten adT. dem Erben nicht nur schaden, sondern auch nützen kann. In der Vollm. adT., die einem tüchtigen Bevollm. adT. erteilt ist, liegt für den Erben eine große Chance.

Richtig ist, daß in den erstgenannten Fällen die Minderung des Nachlasses bereits mit dem Tode des Erblassers eingetreten ist und objektiv feststeht. Der Erbe kann sich dann überlegen, ob er einen solchen Nachlaß annehmen will oder nicht lieber ausschlagen soll. Bei der Vollm. adT., die ja im Augenblick des Todes des Erblassers noch keine schuldrechtliche oder dingliche Änderung des Nachlasses bewirkt, entstehen die etwaigen Nachlaßminderungen jedoch erst später, wenn der Bevollm. adT. gehandelt hat. Es finden also Einwirkungen statt, nachdem der Erbe schon Erbe und damit Rechtsinhaber der Vermögensmasse mit ganz bestimmten Vermögensgegenständen und -schulden geworden ist. Vielleicht kennt der Erbe die Vollm. adT. gar nicht, er erlebt also später, etwa nachdem die Ausschlagungsfrist abgelaufen ist, möglicherweise unangenehme Überraschungen. Aber diese Überlegung kann keinen Unterschied begründen; denn die Grundlage für die Änderung ist schon mit dem Erbfall, d. h. mit dem Wirksamwerden der Vollm. adT., gegeben; der Erbe muß, wenn eine Vollm. adT. vorliegt, jedenfalls damit rechnen, daß innerhalb des Rahmens der Vollmacht Minderungen des Nachlasses eintreten können. Und daß er die Vollm. adT. nicht kennt, macht auch nichts; denn vorhandene Nachlaßschulden, die noch vom Erblasser herrühren, kennt er vielleicht auch nicht. Möglicherweise kennt er auch nicht die Vermächtnisse, die der Erblasser angeordnet hat, weil das Testament beim Erbfall noch nicht bekannt war.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß die Vollm. adT. keine schutzwürdigen Belange des Erben verletzt<sup>11)</sup>. Im übrigen kann der Erbe die Vollm. adT. widerrufen und dadurch weitere Beeinträchtigungen seines Nachlasses verhindern. Wenigstens rechtlich hat er dazu die Möglichkeit, und darauf allein kommt es an.

10) Ausgenommen, die Erbeinsetzung beruhe auf Erbvertrag oder gemeinschaftlichem Testament.

11) So auch Kleinschmidt S. 99; Meyer S. 35; Fischer S. 24; Poischen S. 9/10, 23, 47; Kettler S. 58; König S. 37.

## 2. Die Nachlaßgläubiger

Die Nachlaßgläubiger werden insbesondere geführt, als hätten der Bevollm.adT. Nachlaßgegenstände entzogen (die Aktiv- und Verminderungen) oder neue Nachlaßgläubiger, die mit ihnen an der Befriedigung aus dem Nachlaß beteiligt haben sollen, geschaffen (die Passivmasse vermehren) kann. Die Nachlaßgläubiger werden dann berührt, wenn die Nachlaßmasse für die Befriedigung aller Gläubiger, der alten und der neuen, voraussichtlich nicht ausreichen wird, also Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs angeordnet werden müssen.

### a) Die Vermehrung der Passivmasse

Hier ist dieselbe Erwägung anzustellen wie beim Erben. Die Nachlaßgläubiger haben - unbeschadet der Gläubigeranfechtung - kein Recht darauf, nach dem Tode des Erblassers einen Nachlaß von bestimmtem Umfang oder bestimmtem Wert vorzufinden, ebensowenig ein Recht auf die Abwesenheit konkurrierender Nachlaßgläubiger. Es ist das Risiko jeder Gläubiger, der keine dingliche Sicherung hat, daß er damit rechnen muß, daß sein Schuldner überschuldet ist und er deswegen aus dem Schuldnervermögen keine oder nur eine teilweise Befriedigung erlangt. Ist der Nachlaßgläubiger anerkannt, so geht die Schuld bis zu seinem Tod weiter, wenn er die Schuld nach Begründung der Schuld bis zu seinem Tod weitergeführt hat. Die Gläubiger gehen ein und der Nachlaßgläubiger so einen neuen schuldeten Nachlaß vermehrt; so kann auch eine Vollm.adT. die Rechte des Nachlaßgläubigers nicht verletzen; denn der Erblasser hätte die Rechtsgeschäfte des Bevollm.adT., die zu konkurrierenden Nachlaßverbindlichkeiten geführt haben, auch ebenso gut noch selbst vornehmen können<sup>12)</sup>.

- 
- 12) Ein Unterschied wird oft darin erblickt, daß der Erblasser, wenn er zu seiner Lebzeit eine Verbindlichkeit eingeht, die Folgen seines Handelns noch selbst zu spüren bekomme. Er werde daher mit der Begründung von Verbindlichkeiten zurückhalten. Bei der Vollm.adT. erbringe er ein solches eigenes "Vermögensopfer" dagegen nicht. Hier ent falle jede psychologische Hemmung für die Eingehung von Verbindlichkeiten, da den Erblasser selbst die Folgen nicht mehr trafen. Dieser Einwand ist unbegründet; denn der Erblasser kann ohne weiteres Verbindlichkeiten begründen, die schon zu seinen Lebzeiten voll wirksam sind, deren Fälligkeit aber bis zu seinem Tod hinausgeschoben ist, so daß ein unmittelbares Vermögensopfer für den Erblasser vermieden wird. Ist dieses Verfahren über die betagte Verbindlichkeit aber zulässig, so besteht kein Anlaß, die Vollm.adT. wegen Beeinträchtigung der Nachlaßgläubiger zu verbieten.

Es ist auch nicht so, daß die Schuldenmasse wenigstens mit dem Tod des Erblassers ihren Abschluß finden müsse. Vielmehr kann der Erbe nach dem Erbfall beliebig Nachlaßverbindlichkeiten (Nachlaßerschulden) begründen, wenn er Rechtsgeschäfte zur Verwaltung des Nachlasses vornimmt. Es besteht daher kein Grund, eine Schuldenmehrung durch den Bevollm. adT. aus dem Grunde abzulehnen, weil sie nach dem Tode des Erblassers erfolge.

Die Nachlaßgläubiger, die ihre Berechtigung dem Bevollm. adT. verdanken, erfahren keine ungerechtfertigte Bevorzugung vor den übrigen Nachlaßgläubigern <sup>13)</sup>.

Die Rechtsgeschäfte des Bevollm. adT. erzeugen im Gegensatz zur TV. und zur Nachlaßpflegschaft (§ 224 Nr. 5 KO) keine Masseschulden, sondern nur gewöhnliche Konkursforderungen (§ 226 Abs. 1 KO) <sup>14)</sup>. Sie rangieren allerdings vor lebzeitigen Schenkungen des Erblassers, Pflichtteilsansprüchen, Vermachtnissen und Auflagen (§ 226 Abs. 2 KO). Aber das ist gerechtfertigt, soweit es sich bei den vom Bevollm. adT. vorgenommenen Rechtsgeschäften um entgeltliche Rechtsgeschäfte handelt; denn bei entgeltlichen Rechtsgeschäften ist irgendein Gegenwert in den Nachlaß geflossen, so daß der Nachlaßgläubiger, der etwas zur Nachlaßmasse erbracht hat oder wenigstens schuldet, vor Zuwendungsempfängern zum Zuge kommen muß.

Soweit der Bevollm. adT. unentgeltliche Rechtsgeschäfte vorgenommen hat, so können solche Forderungen im Nachlaßkonkurs nicht berücksichtigt werden <sup>15)</sup>; da es sich hierbei nach der Trägerschaft um eine Freigebigkeit des Erben, also des Gemeinschuldners, handelt. Solche Forderungen können gemäß § 63 Nr. 4 KO im Konkurs nicht geltend gemacht werden. Ähnlich liegt es im Falle der Nachlaßverwaltung. Der Nachlaßverwalter ist zwar bei Befriedigung der Nachlaßforderungen nicht an die Reihenfolge der §§ 224, 226 KO gebunden <sup>16)</sup>; auch nicht an den § 63 KO, so daß er auch Schenkungsversprechen des Bevollm. adT. erfüllen kann, sogar noch vor Vermachtnissen und Pflichtteilsansprüchen. Jedoch darf der Nachlaßverwalter Nachlaßverbindlichkeiten überhaupt nur dann berücksichtigen,

13) Sie beeinträchtigen die übrigen Nachlaßgläubiger, die ihre Rechtsstellung vom Erblasser oder vom Erben herleiten, nur dadurch, daß sie mit ihnen grundsätzlich gleichberechtigt aus dem Nachlaß befriedigt werden. Aber darin liegt keine Verletzung eines schutzwürdigen Rechtes.

14) Insofern sind die Nachlaßgläubiger, die mit einem Bevollm. adT. kontrahiert haben, etwas schlechter daran, als wenn sie mit einem TV. kontrahiert hätten. Die Gesamtheit der (nicht bevorrechtigten) Gläubiger ist natürlich besser daran, wenn durch die Handlungen des Bevollm. adT. keine weiteren Masseschulden geschaffen werden.

15) Siehe oben § 4 S. 70-72.

16) Lange § 51, 4 f. S. 659.

sichtigen, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreichen werde (arg. §§ 1985 II 2, 1979 BGB) <sup>17)</sup>. Stellt der Nachlaßverwalter fest, daß der Nachlaß überschuldet ist, dann muß er unverzüglich die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen <sup>18)</sup>, §§ 1985 II 2, 1980 BGB, und dann kommt wieder die Regel zum Tragen, daß Schenkungsversprechen des Bevollm. adT. nicht berücksichtigt werden können.

Als weitere Möglichkeit, gewissermaßen ein Mittelding zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften, ist zu berücksichtigen, daß der Bevollm. adT. vorsätzlich oder fahrlässig Rechtsgeschäfte abgeschlossen hat, die für den Nachlaß ungünstig sind, sei es, daß er Nachlaßgegenstände unter ihrem Wert verschleudert, sei es, daß er überflüssige Aufwendungen für den Nachlaß gemacht hat. Hier steht dem Erben aufgrund des Auftr. adT. oder eines sonstigen Rechtsgeschäftes, welches der Vollm. adT. zugrundeliegt, ein Ersatzanspruch gegen den Bevollm. adT. zu, und dieser Schadensersatzanspruch ist in Analogie zu §§ 1978 II, 1985 II 2 BGB Bestandteil des Nachlasses, dient somit den Nachlaßgläubigern als Haftungsobjekt.

#### b) Die Minderung der Aktivmasse

Wenn der Bevollm. adT. Nachlaßgegenstände veraußert und damit die Aktivmasse verringert, so sind die Nachlaßgläubiger diesen Handlungen nicht schuttilos ausgeliefert. Sie können die Rechtshandlungen des Bevollm. adT. nach den Regeln der §§ 29 ff. KO oder des Gläubigeranfechtungsgesetzes anfechten <sup>19)</sup>. Die Rechtshandlungen des Bevollm. adT. sind also gegenüber den Handlungen, die der Erblasser selbst vorgenommen hat, und gegenüber den Rechtshandlungen,

- 
- 17) Begleicht der Nachlaßverwalter Nachlaßverbindlichkeiten, ergleiche er annimmt oder den Umständen nach annehmen muß, daß der Nachlaß zur Begleichung aller Nachlaßverbindlichkeiten nicht ausreichen wird, so macht er sich den übrigen Nachlaßgläubigern gegenüber schadensersatzpflichtig (§ 1985 II 1 BGB).
- 18) Ist der Nachlaß nur wegen Vermächnissen und Auflagen überschuldet, dann kann die Nachlaßverwaltung trotzdem durchgeführt werden; der Nachlaßverwalter ist dann berechtigt, Vermächnisse, Auflagen und Pflichtteilsrechte analog § 1991 IV BGB nach den übrigen Nachlaßgläubigern zu befriedigen (Lange aaO.), und das muß auch für die vom Bevollm. adT. vorgenommenen Schenkungen gelten, auch sie müssen zurücktreten.
- 19) Die Vollm. adT. selbst kann nicht angefochten werden, da die Vollm. adT. allein an der mat. Rechtslage des Nachlasses noch nichts ändert; so zutreffend Kleinschmidt S. 100.

die der Erbe vorgenommen hat, nicht bevorzugt. Auch insoweit verletzt die Vollm. adT. keine schutzwürdigen Interessen der Nachlaßgläubiger.

### 3. Vermächtnisnehmer

Für sie gilt dasselbe wie für alle anderen Nachlaßgläubiger. Es ist dargelegt, daß sie sich wohl die entgeltlichen Rechtsgeschäfte, nicht aber die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte des Bevollm. adT. vorgehen lassen müssen - ein durchaus befriedigendes Ergebnis.

### 4. Die Pflichtteilsberechtigten

Der Pflichtteilsanspruch bemiß sich gemäß § 2311 Abs. 1 BGB nach dem Bestand und dem Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls. Da die Vollm. adT. begrifflich immer erst nach dem Tode des Machtgebers den Nachlaßbestand verändern kann, hat die Vollm. adT. keine Bedeutung für das Entstehen und die Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Der Pflichtteilsanspruch ist im Augenblick des Todes des Erblassers eine objektiv feststehende Größe. Spätere Veränderungen des Nachlasses, insbesondere auch die Rechtsgeschäfte des Bevollm. adT., lassen den Pflichtteilsanspruch unberührt. Die Vollm. adT. verletzt also keine schutzwürdigen Interessen des Pflichtteilsberechtigten. Ebenfalls nicht beeinträchtigt wird die tatsächliche Erfüllung der Pflichtteilsansprüche - hier gilt das über die Nachlaßgläubiger (Ziff. 2) Gesagte.

Zu Unrecht meint daher Asch<sup>20)</sup>, daß die böswillige Schädigung der Pflichtteilsberechtigten das ausschlaggebende Motiv für die Vollm. adT. sei. Wie das geschehen soll, ist nicht ersichtlich und wird von Asch auch nicht näher begründet. Ebenso abzulehnen ist die Meinung Breiers<sup>21)</sup>, daß die Zulässigkeit einer Vollm. adT. von Nachteil für die Nachlaßgläubiger einschließlich der Pflichtteilsberechtigten sei. Auch Breier begründet seine Meinung nicht näher.

---

20) § 63 S. 263.

21) S. 42.

## Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter?

## 1.

Die Vollm.adT. ist ein Eingriff in den Rechtskreis des Erben. Sie setzt den Erben vom Augenblick des Erbfalls an der Gefahr aus, daß durch den Bevollm.adT. Rechtswirkungen für und gegen den Nachlaß, ja sogar das Eigenvermögen des Erben erzeugt werden. Die Vollm.adT. stellt eine potentielle Belastung des Nachlasses dar, wenn auch keine solche, die schutzwürdige Interessen des Erben verletzt<sup>1)</sup>. Es kann aber nicht geleugnet werden, daß sie wegen der ihr innewohnenden Fremdwirkungsmöglichkeit an sich eine Belastung, einen Eingriff in den Rechtskreis des Erben darstellt.

Der Eingriff in den Rechtskreis des Erben geht auf eine Willenserklärung des Erblassers zurück. Die Willenserklärung des Erblassers belastet nicht mehr das Vermögen des Erblassers selbst, sondern ausschließlich den Nachlaß und damit das Vermögen eines anderen, des Erben. Damit stellt sich die Vollm.adT. als Rechtsgeschäft zu Lasten des Erben, als Rechtsgeschäft zu Lasten eines Dritten, dar.

Viele Autoren<sup>2)</sup> halten die Vollm.adT. bzw. die auf eine Erbenklausel gestützte Vollm.adT. aus diesem Grunde für unwirksam: denn unsere Rechtsordnung verbiete grundsätzlich Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter, solche bedürften ausdrücklicher gesetzlicher Zulassung.

Der Einwand ist unbegründet. Unsere Rechtsordnung kennt Rechtsgeschäfte zu Lasten Dritter, nämlich die große Gruppe der mat. Verf.vTw. Jede mat. Verf.vTw. ist dadurch gekennzeichnet, daß sie mit dem Tode des Erblassers verknüpft ist und infolgedessen eine ausschließliche Einwirkung auf den Nachlaß darstellt. Der Nachlaß ist aber mit dem Augenblick des Todes des Erblassers fremdes Vermögen. Die Rechtsfolgen der mat. Verf.vTw. treffen nicht mehr den Erblasser selbst, sondern ausschließlich andere Personen. Jede mat. Verf.vTw. ist daher ihrem Wesen nach ein Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter<sup>3)</sup>, sei es des Erben

1) Vgl. oben § 5 Ziff. 1.

2) Heldrich Iherings Jahrb. 79/323; Eule S. 29; Meyer S. 22/23; Breier S. 27/28, 40; Neumann S. 34, 37; Pieper S. 10; a. M. Müller-Freienfels S. 310; Kleinschmidt S. 68; Poischen S. 23/24; Lamberg S. 17; Kettler S. 52/53 u. a. m.

3) Ausgenommen ist nur eine Verfügung, mit der der Erblasser die gesetzlichen Erben zu seinen Erben einsetzt.

oder eines sonstigen Nachlaßbeteiligten<sup>4)</sup>.

Die Vollm.adT. ist eine mat.Verf.vTw. Sie kann somit nicht allein deswegen unzulässig sein, weil sie sich zu Lasten des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter auswirkt. Das entspricht notwendig ihrem Wesen als mat.Verf.vTw. Eine andere Frage ist, ob sie als mat.Verf.vTw. zulässig ist, weil sie eine im Gesetz nicht geregelte atypische Verf.vTw. darstellt<sup>5)</sup>. Können atypische Verf.vTw. zugelassen werden oder gibt es ähnlich wie im Sachenrecht eine geschlossene Zahl der Verf.vTw., so muß die richtige Fragestellung lauten<sup>6)</sup>. Anders ausgedrückt: Die Vollm.adT. ist eine atypische Verf.vTw. Sie ist vielleicht deswegen unzulässig, weil sie im Gesetz nicht ausdrücklich zugelassen ist. Ihre Zulässigkeit versteht sich nicht von selbst, sondern muß erst näher begründet werden. Aber wenn sich ergibt, daß gegen sie keine erbrechtlichen Bedenken bestehen und sie daher an sich zulässig wäre, dann kann sie nicht deswegen unzulässig sein, weil sie zu Lasten des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter wirkt.

Der Gedanke "Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter" hilft also nicht weiter<sup>7)</sup>. Er verändert bloß die Fragestellung, indem die Frage nunmehr lautet, ob die Vollm.adT. als atypische Verf.vTw. zulässig sei. Er ist kein neuer, eigenständiger Einwand gegen die Vollm.adT.

---

4) Z.B. ist die Einsetzung eines Erben außerhalb der gesetzlichen Erbfolge eine Belastung der übergangenen gesetzlichen Erben, das Vermächtnis eine Belastung des Erben, der Pflichtteilsentzug eine Belastung der Pflichtteilsberechtigten usw.

5) Auch Breier (S. 40) erkennt an, daß die Zulässigkeit der Verfügungen vTw. das einzige Argument für die Zulässigkeit der Vollm.adT. ist, wenn sie einen Eingriff in den Rechtskreis des Erben darstellt. Breier hält aber die im Gesetz geregelten Verf.vTw. für eine abschließende Sonderregelung.

6) Vgl. oben § 5.

7) Man wird nicht abstreiten können, daß die Vollm.adT. eine "Last", einen "Eingriff" in den Rechtskreis des Erben darstellt, nur eben keinen unzulässigen. Der Erbe kann zwar diese Last jederzeit durch einfachen Widerruf beseitigen (darauf weisen Haedeker S. 71 und Hemmersbach S. 26 zutreffend hin), aber solange die Vollm.adT. besteht, ist der Erbe der Gefahr von Fremdwirkungen ausgesetzt und damit (potentiell) belastet. Das Widerrufsrecht sagt nur, daß der Erbe (im Gegensatz zur TV.) keine Rechtsbeschränkung erleidet.

Die Behauptung, die Vollm.adT. sei ein unzulässiger Eingriff in den Rechtskreis eines Dritten, wird meist nicht richtig widerlegt.

a) Leonhard<sup>8)</sup>, der den Begriff der Stellvertretung erörtert, lehrt, daß der Bevollm.adT. nicht den Erben, sondern den Erblasser vertrete. Leonhard beruft sich für diesen heute allgemein abgelehnten Standpunkt u.a. darauf, daß eine Vollmacht, die zu einer Vertretung des Erben ermächtigt, infolge Eingriffs in den Rechtskreis eines Dritten unzulässig wäre.

Es ist in diesem Zusammenhang gleichgültig, wie man den Begriff der Stellvertretung festlegt. Man mag mit Leonhard<sup>9)</sup> die Stellvertretung als das "Handeln aus der Macht eines Anderen" auffassen, also auf den Ursprung der Vollmacht abstellen, und daher folgerichtig den Erblasser als die vertretene Person bezeichnen. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß die Wirkungen des stellvertretenden Handelns<sup>10)</sup> ausschließlich den Erben treffen: der Erbe, und nur er, wird durch die Vollm.adT. belastet.

b) Manche Autoren - insbesondere Kleinschmidt (S. 68), Poischen (S. 23/24), Lamberg (S. 16/17), König (S. 56 Anm. 59), Kettler (S. 52/53) und Müller-Freienfels (S. 310) - versuchen, das Vorliegen eines Eingriffs in einen "fremden" Rechtskreis zu bestreiten, indem sie den Erben nicht als "Dritten" ansehen wollen<sup>11)</sup>. Der Bevollm.adT. vertrete den Erben nur bezüglich des Nachlasses. Der Nachlaß, in welchem der Bevollm.adT. allein zu handeln befugt sei, sei kein fremder Rechtskreis irgendwelcher dritter Personen, sondern eine aus dem Rechtskreis des ursprünglichen Vollmachtgebers durch Erbfolge abgeleitete Rechtssphäre. Der Bevollm.adT. handle also noch im Rechtskreis des ursprünglichen Vollmachtgebers, auch wenn dieser Rechtskreis infolge Erbgangs auf eine andere Person übergegangen sei. Wenn die gesamten Vermögensbeziehungen vom Erblasser auf den Erben übergingen, erscheine es nicht unmöglich, daß der Erblasser dem Erben einen verfassungsberechtigten Vertreter an die Seite setze. Dies erkläre sich aus der Tatsache, daß zu Lebzeiten des Erblassers, während der die Bevollmächtigung erfolge, dieser noch die Verfügungsmacht über jenen Rechtskreis inne habe, der später auf den Erben übergehe.

8) Iherings Jahrb. 86/29; ebenso Endemann III 1 § 30 V a 1 S. 219.

9) aaO. S. 8/9.

10) Leonhard aaO. sieht die Fremdwirkung nicht als das entscheidende Merkmal der Stellvertretung an.

11) Ablehnend Neumann S. 57. Meyer S. 22; Breier S. 27/28; Leonhard Iherings Jahrb. 86/29.

Die genannten Autoren stellen also darauf ab, daß der Erbe die Rechtspersönlichkeit des Erblassers fortsetzt. Man wird hier unterscheiden müssen. Der Erbe ist, was die Vollm. adT. anbelangt, nicht Rechtsnachfolger des Machtgebers. Die Vollm. adT. beruht nicht auf einer Rechtsnachfolge des Erben in das Vollmachtsverhältnis. Eine Rechtsnachfolge kann nur in Rechtsverhältnisse stattfinden, die bereits zu Lebzeiten des Machtgebers bestanden und ihm zuzurechnen waren. Die Vollm. adT. entsteht erst im Augenblick des Erbfalls; bis dahin liegt kein Rechtsverhältnis, auch kein Anwartschaftsverhältnis, vor, das auf den Erben übergehen könnte <sup>12)</sup>. Die Vollm. adT. ist eine mat. Verf. vTw. und steht als solche außerhalb jeglicher Erbfolge. Der Erbe ist daher, was das Vollmachtsverhältnis anbelangt, kein Rechtsnachfolger des Machtgebers (ebensowenig wie man von einer Rechtsnachfolge des Erben in das "TV.-Verhältnis" sprechen kann!), keine mit ihm rechtlich identische Person, sondern ein "Dritter". Die Meinung, der Erbe sei kein Dritter, ist nur bei der Vollm. üdT. brauchbar, und auch hier nur, wenn man eine Erbenklausel <sup>13)</sup> ablehnt und die Fortgeltung der Vollm. auf Erbfolge stützt.

Man kann aber auch auf das Vermögen, auf das sich die Vollm. adT. bezieht, abstellen. Dieses Vermögen ist vom Machtgeber auf den Erben als Rechtsnachfolger übergegangen; es ist kein originär fremder Rechtskreis, der hier mit einer Vollm. adT. belastet wird, sondern ein abgeleitet-fremder Rechtskreis, d. h. ein Rechtskreis, der erst nach dem Tode des Machtgebers, und zwar nach dessen Willen, auf den Erben übergegangen ist. Man muß dann der Vollm. adT. zubilligen, daß sie den Erben nicht als "Dritten", sondern nur in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger des Erben belastet. Jedoch krankt dieser Rettungsversuch daran, daß die Rechtsgeschäfte, die der Bevollm. adT. vornimmt, grundsätzlich auch das Eigenvermögen des Erben verhaften, sofern nicht der Erbe durch Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung die Haftung auf den Nachlaß beschränkt. Für den Normalfall eines ausreichenden Nachlasses mag das Argument allerdings genügen.

c) Den richtigen Ansatzpunkt für die Lösung findet Oertmann <sup>14)</sup>. Er erklärt die Erscheinung, daß der Erblasser die Vollmacht anordnet, die Rechtsfolgen aber den Erben treffen, mit dem Unterschied zwischen Tatbestand und Rechtsfolge. Der Tatbestand sei noch vom Erblasser gesetzt, der Bevollm. adT. leite seine Macht vom Erblasser ab, die Folgen träfen ausschließlich den Erben. Damit klingt

---

12) Siehe oben S. 16 ff.

13) Erklärt man die Vollm. üdT. mit Erbenklausel, so heißt das, daß man eine zeitliche Aufeinanderfolge einer lebzeitigen Vollmacht und einer Vollm. adT. annimmt.

14) Bankarchiv 1913/14 S. 5.

die Ansicht an, daß die Vollm.adT. sich als Verf.vTw. charakterisiert. Allerdings geht es nicht an, die Zulässigkeit eines solchen Auseinanderfallens von Tatbestand und Rechtsfolge, wie es bei der Vollm.adT. gegeben ist, mit der "Dispositionsmacht" des Erblassers über sein Vermögen zu erklären; denn nicht jede Verf.vTw. atypischer Art ist schrankenlos zulässig, vielmehr muß jeweils gesondert geprüft werden, ob gerade diese "Disposition" über den Nachlaß zulässig ist.

## § 7

## Die Zulässigkeit der Vollmacht auf den Todesfall

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen hat sich herausgestellt, daß die Vollm. adT.:

- a) keine unzulässige Konkurrenz zur TV. darstellt, weil sie nicht die für die TV. wesentliche Rechtsbeschränkung des Erben aufweist und daher dem Erblasser auch nicht die Garantie für die Durchsetzbarkeit seines letzten Willens bietet;
- b) keine unzulässige Konkurrenz zu Vermächtnis, Auflage und Schenkung vTw. darstellt, weil die vom Bevollm. adT. vorgenommenen Rechtsgeschäfte sowohl schwächere Rechtswirkungen (keine unmittelbare Nachlaßeinwirkung! Verhinderung durch Widerruf!) als auch andere Rechtswirkungen (Rechtsgeschäfte des Erben!) als Vermächtnis, Auflage oder Schenkung vTw. nach sich ziehen;
- c) nicht gegen die Ausschließlichkeit der Verf. vTw. verstößt, weil sie nicht dieselbe rechtstechnische Struktur wie die typischen Verf. vTw. aufweist (keine unmittelbare dingliche Rechtsänderung, kein unmittelbarer obligatorischer Anspruch, keine Rechtsbeschränkung des Erben!) und keine Interessen von Nachlaßbeteiligten verletzt;
- d) infolge ihrer Natur als mat. Verf. vTw. kein unzulässiges Rechtsgeschäft zu Lasten Dritter ist.

Es liegt also kein Grund vor, der dazu zwingen würde, die Vollm. adT. für unzulässig zu erklären. Daraus folgt dann umgekehrt: Die Vollm. adT. ist zulässig. In unserem Recht herrscht grundsätzlich Testierfreiheit. Wenn gegen ein Rechtsgeschäft keine begründeten Bedenken bestehen, dann muß man es für zulässig halten. Daß die Vollm. adT. im Einzelfall einmal dazu mißbraucht werden kann, erbrechtliche Bestimmungen zu umgehen, ist richtig, kann aber nicht dazu führen, sie grundsätzlich für unzulässig zu erklären <sup>1)</sup>.

Außer der Testierfreiheit spricht für die Vollm. adT. der Umstand, daß die praktischen Bedürfnisse sie erfordern <sup>2)</sup>. Am wichtigsten ist die Vollm.

1) So auch Kleinschmidt S. 73.

2) Das ist allgemein anerkannt; vgl. z.B. Oertmann, Bankarchiv 1913/14 S. 6 ff.; König S. 9; Kleinschmidt S. 72/73; Kettler S. 54; Hemmersbach S. 26; Ettlinger S. 93, S. 16/17; Poischen S. 26; Lehmann Anm. zu RG JW 1929/1647; manche Autoren erkennen die praktische Nützlichkeit der Vollm. adT. zwar an, wollen das aber nicht als ausreichend ansehen, um die Zulässigkeit der Vollm. adT. zu rechtfertigen, so z.B. Pieper S. 10; Raettig S. 13, S. 25.

adT. in der Zeit unmittelbar nach dem Tode fall, solange die Erben noch nicht feststehen oder keinen Erbschein haben. Um rasch über die Nachlaßwerte verfügen zu können, insbesondere um die Bankkonten des Erblassers abheben zu können, ist die Vollm. adT. unentbehrlich. Sie dient dazu, den Hinterbliebenen die nötigen Barmittel an die Hand zu geben, um für die Übergangszeit, in der sie keinen Erbschein haben, die notwendigen Kosten für den Lebensunterhalt oder für die Fortführung des Handelsgeschäftes des Erblassers begleichen zu können.

Dieser Zweck der Vollm. adT. wird allgemein anerkannt<sup>3)</sup>. Weiter kann der Erblasser mit der Vollm. adT. Ziele erreichen, die er mit der TV. nicht erreichen kann<sup>4)</sup>. Hierzu seien folgende Punkte herausgegriffen:

a) Die TV. bringt für den Erben notwendig eine Rechtsbeschränkung mit sich. Der Erblasser kann den Erben von der Rechtsbeschränkung nicht freistellen. Er kann, wie bereits dargelegt<sup>5)</sup>, den Erben insbesondere nicht ermächtigen, dem TV. Rechtshandlungen für den Nachlaß beliebig zu verbieten oder gar den TV. nach Belieben zu entlassen. Oft wird der Erblasser aber nur den Wunsch haben, dem Erben zur Verwaltung des Nachlasses einen sachkundigen Helfer an die Seite zu stellen, ohne dem Erben durch die TV. eine Fessel aufzuerlegen. In solchen Fällen bietet sich die Vollm. adT. als Lösung an, da sie dem Willen des Erben anheimgegeben ist.

Nun könnte man einwenden, wenn sich der Erbe nicht stark genug fühle, einen umfangreichen Nachlaß selbst zu verwalten, könne er sich jederzeit selbst Hilfspersonen aussuchen und ihnen von sich aus eine eigene Vollm. mit erteilen. Aber das trifft nicht immer zu. Oft wird es darauf ankommen, daß eine bestimmte Person, die mit den Vermögensverhältnissen des Erblassers (u. a. seines Handelsgeschäftes) gut vertraut ist, vielleicht jahrelang mit dem Erblasser zusammengearbeitet hat, die Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses übernimmt. Möglicherweise würde diese Person für den Erben selbst nicht tätig werden wollen und ein entsprechendes Angebot des Erben ablehnen. Aber wenn ihm der Erblasser mit der Verwaltung des Nachlasses beauftragt und ermächtigt, dann übernimmt er vielleicht diese Aufgabe. Insofern hat es seinen guten Sinn, wenn der Erblasser selbst noch Auftr. und Vollm. adT. erteilen darf.

3) A. M. Breier S. 45; Meyer S. 24; Heldrich Iherings Jahrb. 79/342. Manche Autoren meinen, dieses Bedürfnis könne ebensogut und noch besser durch einen Vertrag zugunsten Dritter adT. oder durch ein Gemeinschaftskonto erfüllt werden.

4) Breier S. 40/41 vertritt dagegen die Auffassung, daß die typischen Verf. vTw. umfassend genug seien, um alle Vorstellungen des Erblassers zu befriedigen, so daß für eine atypische Verf. vTw. kein Bedürfnis bestehe.

5) S. oben S. 35 ff., S. 42 ff.

Vor allem aber hat die vom Erblasser erteilte Vollm. adT. wesentlich andere Rechtswirkungen als die vom Erben unter Lebenden erteilte Vollmacht. Sie hat, abgesehen von der Rechtsbeschränkung des Erben, fast alle Vorzüge einer TV.: sie ist eine TV. minderen Grades. So etwa braucht der TV., wenn minderjährige Erben vorhanden sind, zu den Rechtsgeschäften der §§ 1821, 1822 BGB nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen<sup>6)</sup>, und auch der Bevollm. adT. braucht sie nicht einzuholen<sup>7)</sup>. Die von den Eltern oder dem Vormund des minderjährigen Erben erteilte Vollmacht hat diese Wirkung nicht, der Bevollmächtigte muß hier die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ebenso einholen wie die Eltern oder der Vormund, wenn diese das Geschäft abgeschlossen hatten. Schenkungen können die Eltern oder der Vormund überhaupt nicht vornehmen (§§ 1641, 1804 BGB).

Ein ähnlicher Fall ist gegeben, wenn der Erbe mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft lebt und über Nachlaßgrundstücke verfügen oder Nachlaßgegenstände verschenken will. Der Bevollm. adT. bedarf trotz §§ 1424, 1425 BGB n.F. nicht der Zustimmung der Ehefrau; wohl aber bedürfte dieser Zustimmung ein vom Erben selbst ernannter Bevollmächtigter.

b) Waren zunächst die Fälle herausgegriffen, wo der Erblasser keine TV. anordnen will, so gibt es auch Fälle, wo der Erblasser keine TV. anordnen kann. Das ist immer dann der Fall, wenn der Erblasser den Erben in einem Erbvertrag in vertragsmäßiger Verfügung ohne jede Beschränkung eingesetzt hat. Dann ist der Erblasser durch die Bindungswirkung des Erbvertrags gemäß § 2189 I 1 BGB daran gehindert, eine Beschränkung, wie es die TV. ist, nachträglich anzunehmen<sup>8)</sup>. Hier erweist sich eine Vollm. adT. als nützlicher Ausweg, um überhaupt irgendwelche Einwirkungen auf den Nachlaß vornehmen zu können<sup>9)</sup>, allerdings nur solange, als der Erbe die Vollm. adT. nicht widerruft. Das ist eben die Schwäche dieses Notbehelfs.

c) Ein weiterer Vorteil der Vollm. adT. besteht darin, daß der Erblasser den bevollm. adT. ermächtigen kann, Schenkungen aus dem Nachlaß vorzunehmen<sup>10)</sup>.

6) Vgl. statt aller Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. VII 2 Note 46.  
Näheres s. unten § 10.

8) Staudinger-Dittmann § 2197 Anm. V 1c, d Note 27, 28; § 2289 Anm. III 2 Note 12; Soergel-Siebert, Ehard-Eder § 2289 Note 3; Kipp-Coins § 3: II 2; Lange § 37 III 2a Fußnote 5; BGH NJW 1962/912; so auch der Sachverhalt in den Entscheidungen RGZ 139/42; BayObLGZ 19/171 ff. (Nr. 63).

9) So auch Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 3 d Note 108 vor § 2197.

10) So der Fall BGH NJW 1962/1718 (für die Generalvollmacht iüdT.).

Der TV. ist zu unentgeltlichen Verfügungen nicht berechtigt (§ 2275 S. 3 BGB); diese Einschränkung ist zwingend, der Erblasser kann den TV. nie von nicht befreien (arg. § 2207 S. 2 BGB). Soll die Mittel person also Schenkungen aus dem Nachlaß vornehmen, und zwar solche, welche der Erblasser nicht durch Vermächtnis oder Schenkung vTw. bereits bindend angeordnet hat, dann muß er eine Vollm. adT. erteilen.

Schenkungen kann der Bevollm. adT. auch dann vornehmen, wenn gleichzeitig ein TV. ernannt ist; denn der Bevollm. adT. ist grundsätzlich nicht an die Schranken gebunden, die dem TV. auferlegt sind <sup>11)</sup>.

Als Ergebnis darf festgehalten werden:

Die Vollm. adT. ist zulässig; die Zulässigkeit kann nur negativ damit begründet werden, daß keine Gründe bestehen, die die Zulässigkeit ausschließen. Als positive Begründung lassen sich die Testierfreiheit des Erblassers und die praktische Nützlichkeit der Vollm. adT. anführen.

---

11) BGH aaO.; Näheres vgl. unten § 9.

## § 8

## Das Problem in Schrifttum und Rechtsprechung

## I.

Die Darstellung in Schrifttum und Rechtsprechung bereitet insofern Schwierigkeiten, als oft nicht klar zwischen der nunmehr unproblematischen Vollm. üdT. und der nach wie vor problematischen Vollm. adT. unterschieden wird. Oft kann nur dem Zusammenhang der Ausführungen entnommen werden, welche Form der postmortalen Vollmacht gemeint ist; wenn z.B. der betreffende Autor eine Erbenklausel bejaht, darf man annehmen, daß er auch eine Vollm. adT. bejaht. Im großen und ganzen läßt sich sagen, daß die Vollm. üdT. im Schrifttum viel ausführlicher behandelt worden ist als die Vollm. adT. Ebenso findet man in der einschlägigen Rechtsprechung - mit wenigen Ausnahmen - fast nur Vollmachten üdT.<sup>1)</sup> Die neuere Rechtsprechung nach 1945 hat sich weder mit der Vollm. üdT. noch mit der Vollm. adT. näher befaßt. Soweit die Vollm. adT. in Schrifttum und Rechtsprechung behandelt wird, wird sie überwiegend für zulässig gehalten,

- 
- 1) Insbesondere betrafen die zahllosen Entscheidungen des Kammergerichts in Grundbuchsachen, bei denen eine postmortale Vollmacht eine Rolle spielte, ausschließlich Vollmachten üdT. Das Kammergericht stützt die Vollm. üdT. auf §§ 168, 672 BGB. Der Machtgeber könne aber die Fortgeltung der Vollmacht über den Tod hinaus in der Vollmachtsurkunde selbst bestimmen (Erbenklausel) und bringe damit zum Ausdruck, daß das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis durch den Tod des Machtgebers nicht erlösche. Es brauche dann vom Grundbuchamt nicht nachgeprüft zu werden, welcher Art dieses Rechtsverhältnis sei und ob es durch den Tod des Machtgebers beendet sei. Das Kammergericht stützt die Vollm. üdT. also letztlich auf eine vom Machtgeber erteilte Erbenklausel, d.h. auf den Willen des Machtgebers; so OLG 24/88, Recht 1917 Nr. 1790, KGJ 32/A 197 ff., KGJ 34/A 210 ff., KGJ 36/A 166 ff., KGJ 37/A 231 ff., KGJ 43/A 157 ff., JFG 1/318 ff., JW 1935/2153, Seuff. Bl. f. Rechtsanwendung 75/401. Bei dieser Grundauffassung darf angenommen werden, daß das Kammergericht den Willen des Machtgebers auch insoweit anerkennt, als er eine Vollm. adT. erteilt. Weniger geeignet für diese Annahme sind die Entscheidungen in KGJ 50/159 ff. und JFG 5/308 ff., die auf den Gedanken der Rechtsnachfolge des Erben in die Machtgeberstellung abstellen.

Soweit ersichtlich, behandelt lediglich die Entscheidung KGJ 41/162 ff. Nr. 41 eine Vollm. adT. und bejaht deren Zulässigkeit ohne nähere Begründung.

jedoch von einer beachtlichen Minderheit nach wie vor abgelehnt. Ferner gibt es Mittelmeinungen, welche die Vollm. adT. zwar grundsätzlich bejahen, ihre Zulässigkeit aber in verschiedenster Weise einschränken wollen.

Die Erörterungen über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Vollm. adT. drehen sich im wesentlichen um die folgenden Probleme: unzulässiger Eingriff in den Rechtskreis des Erben; geschlossene Zahl der Verfügungen vTw.; Konkurrenz zu einzelnen Verfügungen vTw. wie TV.; Vermächtnis oder Schenkung vTw.; ferner rechtspolitische Notwendigkeit der Vollm. adT. Da diese Probleme in der vorliegenden Arbeit bereits abgehandelt wurden (oben § 3 - § 7), soll der folgende Überblick über Schrifttum und Rechtsprechung kurz gefaßt und nur auf einige neue, in der Arbeit bisher nicht behandelte Argumente näher eingegangen werden.

## II.

### Zur Ablehnung der Vollm. adT.

1) Soweit das Schrifttum eine Vollm. adT. ablehnt, bedient es sich nahezu einhellig folgenden Arguments, dem in der Beweisführung auch das meiste Gewicht beigelegt wird: Die Vollm. adT., so wird gesagt, stelle ein unzulässiges Rechtsgeschäft zu Lasten eines Dritten, nämlich des Erben, dar. Die Vollm. adT. ermögliche dem Machtgeber in gewissem Sinne eine Vervielfältigung seiner Persönlichkeit im Rechtsverkehr, aber nur eine Vervielfältigung seiner eigenen Persönlichkeit, nicht eine Vervielfältigung fremder Persönlichkeiten. Von der Vollmachtserteilung im fremden Namen abgesehen, sei es unmöglich, Vollmacht mit Wirkung für und gegen Dritte zu erteilen. Das sei ebenso unzulässig wie ein Vertrag zu Lasten Dritter. Dritter sei auch der Erbe<sup>2)</sup>. Ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis sei nur wirksam, wenn ihn die Rechtsordnung - hier: ausdrücklich - gestatte. Ein besonderer Rechtssatz, der dem Erblasser gestatte, Vollmacht zur Vertretung seiner Erben zu erteilen, fehle.

Mit dieser Erwägung wird die Vollm. adT. insbesondere von Heldrich<sup>3)</sup>, Breier<sup>4)</sup>, Meyer<sup>5)</sup>, Pieper<sup>6)</sup>, Raettig<sup>7)</sup>, Reinshagen<sup>8)</sup> und Neumann<sup>9)</sup>, aber auch von

2) Die Erwägung, daß der Erbe kein 'Dritter', sondern Gesamtschuldner des Machtgebers sei, wird nicht anerkannt; so nicht von Breier S. 27/28, Meyer S. 22 und Neumann S. 57.

3) Iherings Jahrb. 79/315 ff. (323).

4) S. 36, 40.

5) S. 21 ff., S. 26 Anm. 3.

6) S. 10.

7) S. 25/26 (im Anschluß an Heldrich aaO.).

8) S. 26 ff.

9) S. 47, S. 55 ff.

Eule <sup>10)</sup> für unzulässig erklärt. Obwohl gelegentlich ausgeführt wird <sup>11)</sup>, daß solche Beschränkungen des Erben, die durch letztwillige Verfügungen angeordnet würden, gültig seien, wird es unterlassen, die Vollm.adT. als eine materielle Verf.vTw. herauszustellen und von da her den Einwand eines unzulässigen Eingriffs in den Rechtskreis des Erben zu entkräften. Vielmehr wird von jenen Autoren, welche die Vollm.adT. als unzulässigen Eingriff in den Rechtskreis des Erben betrachten, immer ein *numerus clausus* der erbrechtlichen Institute angenommen <sup>12)</sup>, so daß ohne gesetzliche Grundlage erfolgende Eingriffe in den Rechtskreis des Erben (= atypische Verf.vTw.) auch aus diesem Grunde unzulässig seien. Der Gedanke eines geschlossenen Kreises der mat. Verf.vTw. ist eine folgerichtige Weiterentwicklung des Arguments vom unzulässigen Eingriff in den Rechtskreis des Erben, gleichzeitig auch ein von jenem Gedanken unabhängiger, eigenständiger Einwand gegen die Vollm.adT. Näher begründet wird der angebliche *numerus clausus* der erbrechtlichen Institute nirgends. Es wird zwar auf den erforderlichen Schutz aller Nachlaßbeteiligten, der durch das Erbrecht garantiert sei, hingewiesen und bemerkt, daß die Bestimmungen über die mat. Verf.vTw. wertlos wären, wenn sie nicht gleichzeitig den Vorrang der Ausschließlichkeit hätten; warum das aber so ist, m. a. W. warum atypische Verfügungen vTw. wie die Vollm.adT. den im Erbrecht geregelten Interessenausgleich unter den Nachlaßbeteiligten stören, wird nicht gesagt. Die einzelnen Darstellungen vermitteln manchmal den Eindruck, als ob nicht die Unzulässigkeit der Vollm.adT. aus dem (angeblichen) *numerus clausus* hergeleitet würde, sondern umgekehrt der *numerus clausus* angenommen würde, um die Vollm.adT. für unzulässig erklären zu können.

Zu den beiden Einwänden ist bereits in § 5 und § 6 der vorliegenden Arbeit Stellung genommen; auf diese Ausführungen wird verwiesen. Hier sei nur kurz wiederholt: Der Gedanke vom unzulässigen Eingriff in den Rechtskreis eines Dritten (des Erben) ist ein Scheinproblem. Durch jede mat. Verf.vTw. wird in den Rechtskreis dritter Personen, des Erben oder auch anderer Nachlaßbeteiligter, eingegriffen. Die richtige Fragestellung lautet, ob der Erblasser auf Grund seiner Testierfreiheit

10) S. 29 ff.; bei ihm steht jedoch der Gedanke der Ausschließlichkeit der Verfügungen vTw. im Vordergrund.

11) So z.B. Meyer S. 22; Pieper S. 10; Breier S. 40.

12) Besonders deutlich von Breier S. 40/41; Meyer S. 23; Neumann S. 53; ferner Fischer S. 15/16; Eule S. 53 (jedoch nur für die eigentliche Vollm.adT., während die uneigentliche Vollm.adT., bei der der Tatbestand der Vollmacht schon zu Lebzeiten des Machtgebers bedingungslos vollendet ist, durch die typischen Verfügungen vTw. nicht ausgeschlossen ist); auch KG OLG 40/273 = Recht 1920 Nr. 3035 (Aufgaben wie die Nachlaßregulierung könnten nicht Inhalt einer Vollmacht, sondern nur Inhalt einer TV. sein).

neue Verfügungen vTw., außerdem das Erbrecht schaffen kann über die erst rechtlichen Institute (formulierten Verfügungen vTw.) hinaus, ist, einen allgemeingültigen Grundsatz gibt es nicht. Die Vollm. adT. muß also die allgemeine Verf. vTw. darauf untersucht werden, ob sie die rechtlich geschützten Interessen des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter in einem solchen, unzulässigen Maße verletzt, daß demgegenüber die Testierfreiheit des Erblassers in Betracht kommen muß<sup>13)</sup>. Die Vollm. adT. verletzt keine rechtlich geschützten Interessen von Nachlaßbeteiligten, ist daher zulässig. Ist sie aber als mat. Verf. vTw. zulässig, dann kann sie nicht allein deswegen unzulässig sein, weil sie formell in den Rechtskreis des Erben eingreift.

2) Das gefährlichste Argument gegen die Vollm. adT., nämlich die Konkurrenz zur TV., wird merkwürdigerweise nur sehr wenig ins Feld geführt. Nur Rehbein<sup>14)</sup> und Fischer<sup>15)</sup> bedienen sich dieses Arguments, und zwar in der Weise, daß sie den Vorschriften über die TV. ausschließlichen Charakter beilegen. Warum die TV. ausschließliche Geltung beanspruchen kann, wird nicht näher begründet. Vor allem wird nicht untersucht, ob die Vollm. adT. die gleichen Wirkungen im Rechtskreis des Erben hervorruft wie die TV., denn nur, wenn die Vollm. adT. wenigstens annähernd die gleichen Wirkungen wie die TV. erzielen würde, könnte sie eine Umgehung der TV. darstellen und wäre die Frage nach der Zulässigkeit dieser Konkurrenz veranlaßt. Daß der Erblasser mit der Erteilung einer Vollm. adT. die gleichen Ziele wie mit einer TV. verfolgt oder der Bevollm. adT. die gleichen Aufgaben wie ein TV. wahrnimmt<sup>16)</sup>, genügt nicht, um die Vollm. adT. als unzulässige Umgehung der TV. abzulehnen. Hinsichtlich der Einzelheiten der Beweisführung wird auf § 8 der vorliegenden Arbeit verwiesen.

3) Nicht für sich allein, sondern als Ergänzung der anderen Argumente wird von manchen Autoren - z.B. von Raettig<sup>17)</sup>, Pieper<sup>18)</sup>, Meyer<sup>19)</sup> und

13) In dieser abgeschwächten Form wird der Ausschließlichkeitsgrundsatz auch von Fischer aaO. verstanden. Fischer zieht jedoch hieraus keine Folgerung für die Zulässigkeit der Vollm. adT.

14) Anm. II 4 c zu §§ 164 - 181 BGB (= S. 269 ff.); Rehbein will allerdings Vollmachten adT., die den Bevollm. adT. zur Tilgung von Nachlaßschulden ermächtigen, zulassen.

15) S. 42 ff.

16) Darauf will KG OLG 40/273 = Recht 1920 Nr. 3035 abstellen.

17) S. 13, 25.

18) S. 10.

19) S. 24.

Heldrich <sup>20)</sup> - geltend gemacht, daß praktische, rechtspolitische Notwendigkeiten für eine Vollm.adT. bestehen möchten, diese aber für sich allein nicht ausreichen, um eine Zulässigkeit der Vollm.adT. zu rechtfertigen. Teilweise wird auch bestritten, so z.B. von Meyer aaO. und von Breier <sup>21)</sup>, daß solche praktische Notwendigkeiten für eine Vollm.adT. bestünden <sup>22)</sup>, da der Zweck, unmittelbar nach dem Erbfall eine Person zur Verfügung zu haben, die zum Handeln für den Nachlaß befugt sei, ebensogut durch einen Vertrag zugunsten Dritter oder ein Gemeinschaftskonto erreicht werden könne.

Dem ist entgegenzuhalten, daß sich das praktische Bedürfnis für eine Vollm.adT. nicht nur an diesem Zweck erweist, sondern die Vollm.adT. noch manche anderen praktischen Vorteile bietet (siehe oben § 7), so daß insgesamt die praktische Brauchbarkeit der Vollm.adT. und damit ihre rechtspolitische Notwendigkeit bejaht werden müssen.

### III.

#### Zur Bejahung der Vollm.adT.

Die Zulässigkeit der Vollm.adT. wird überwiegend bejaht, jedoch häufig nicht näher begründet <sup>23)</sup>. Sofern eine Begründung erfolgt, werden im wesentlichen folgende Argumente - teils einzeln, teils kombiniert - vorgetragen:

---

20) Iherings Jahrb. 79/342.

21) S. 41, 45.

22) Das praktische Bedürfnis für eine Vollm.adT. wird insbesondere von Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 6 stark betont.

23) Keine nähere Begründung für die Zulässigkeit der Vollm.adT. geben Staudinger - Coing § 168 Anm. II 2 b; BGB - RGRK Anm. 12 vor § 2197 und Anm. 6 zu § 168; Soergel - Siebert (Schultze - v. Lasaulx) § 168 Anm. V 2 Note 26; Würdinger in RGR-Komm. z. HGB, Vorbem. 95 vor § 48 HGB (im Anschluß an RGZ 114/351 ff.); Palandt - Danckelmann § 168 Anm. 1; Schlegelberger - Vogels - Hezel § 168 Anm. V Note 19; Enneccerus - Nipperdey, 1. Teil, 2. Halbband, § 186 V 2; Haegele S. 9; Heintzenberg S. 53; Hilderscheid DNotZ 1938 S. 482 ff. (491); Hupka S. 382; Kromer HansRGZ 1921 S. 125 ff.; Wegler - Leopold S. 3; Leonhard § 2197 Anm. II A (er hält es sogar für zulässig, daß der Erblasser im Testament den Erben bevollmächtigt, den Vermächtnisnehmer zu vertreten); RG Recht 1908 Nr. 90 (Vollmacht für einen Vermächtnisnehmer, dem der Nießbrauch am Nachlaß eingeräumt war); RG LZ 1925/Sp. 542 Nr. 1 = Recht 1925 Nr. 906 = Warneyer 1925/Nr. 126 S. 164 ff.; RGZ 114/351 ff. = LZ 1926/Sp. 1326 Nr. 2 = Recht 1927 Nr. 10 b; Lange § 31 III S. 331 ff.

1) Viele Autoren<sup>24)</sup> begreifen die Zulässigkeit der Vollm.adT. damit, daß sie die (widerrufliche) Vollm.adT. von über der TV. abgrenzen und an Hand der Unterschiede zwischen beiden<sup>25)</sup> feststellen, daß die (widerrufliche) Vollm.adT. keine unzulässige Konkurrenz zur TV. darstelle, folglich kein begründeter Anlaß bestehe, die Vollm.adT. nicht für zulässig zu halten. Die Unterschiede zwischen (widerrufliche) Vollm.adT. und TV. werden zutreffend darin erblickt, daß die TV. ein die Erben bindendes, unlösbares Recht zur Verwaltung und Verfügung über den Nachlass bedingte und der Wille des Erben auf die Dauer des TV. - Amtes einflußlos sei; auch taste die Vollm.adT. das Verfügungsrecht des Erben nicht an<sup>26)</sup>.

Hinsichtlich der Einzelheiten der Beweisführung wird auf die Darstellung in § der Arbeit verwiesen.

Während alle Autoren sich um den Nachweis bemühen, daß sich die Vollm.adT. von der TV. grundlegend unterscheidet, weil die Ähnlichkeit mit der TV. zu Recht als eine Gefahr für die Zulässigkeit der Vollm.adT. erkannt wird, will Melsheimer<sup>26)</sup> gerade umgekehrt in der Ähnlichkeit zur TV. einen Beweis für die Zulässigkeit der Vollm.adT. erblicken. Wenn das Gesetz dem Erblasser die Möglichkeit einräume, zur Ausführung seines letzten Willens einen TV. zu ernennen, warum solle es dann dem Erblasser verwehrt sein, einen Bevollm.adT. zu ernennen und damit ein der TV. in vielen Beziehungen ähnliches Gebilde zu schaffen? Es liege kein Grund vor, der es rechtfertige, eine derartige Möglichkeit zu versagen.

Dieser Argumentation ist nicht zuzustimmen. Der Wille des Machtgebers hat nicht unbeschränkten Spielraum. Wenn das Gesetz dem Erblasser die Rechtsfigur der TV. an die Hand gibt, so ist damit noch nicht gesagt, daß es dem Erblasser auch die Ernennung anderer Mittelspersonen zur Verwaltung seines Nachlasses gestatte. Es ist nicht von vornherein auszuschließen, daß das Gesetz die TV. als ausschließliche Regelung gewollt hat. Es war daher Aufgabe der Untersuchung, nachzuweisen, daß sich die Vollm.adT. von der TV. in einem wesentlichen

24) Z. B. Staudinger - Dittmann Vorbem. XXVI 8 a Note 104, 110 vor § 2197; Planck - Flad Vorbem. 6 vor § 2197; v. Tuhr 2. Band, 2. Hälfte, § 85 S. 401 Anm. 157; Lehmann § 36 V 7 (im Anschluß an v. Tuhr aaO.); Kipp - Coing § 91 IV 7; Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 10; König S. 48 ff. (56/57); Müller - Freienfels S. 319; RGZ 139/42 ff.

25) Dieser Gesichtspunkt ist weniger geeignet, da auch die TV. über § 2208 I BGB vom Erblasser inhaltlich so ausgestaltet werden kann, daß der Erbe neben dem TV. handlungsbefugt bleibt.

26) S. 45/46.

Punkt - Rechtsbeschränkung des Erben - unterscheidet. Diesen Unterschied sieht Melsheimer nicht, da er es unterläßt, beide Rechtsverhältnisse auf ihre Wesensmerkmale, ihre Übereinstimmungen und Verschiedenheiten, zurückzuführen.

2) Viele Autoren - Endemann<sup>27)</sup>, Oertmann<sup>28)</sup>, Kleinschmidt<sup>29)</sup>, Kettler<sup>30)</sup>, Lamberg<sup>31)</sup> und Hemmrichs<sup>32)</sup> - wollen atypische Verfügungen vT.w., wenigstens im Grundsatz, für unbeschränkt zulässig erklären, mithin auch die Vollm. adT. Das Erbrecht stelle keine nach Form und Inhalt geschlossene Ordnung dar. Das Gesetz verbiete Rechtsgeschäfte auf den Todesfall nicht der römischrechtlichen Satz, daß Schuldverhältnisse nicht auf den Tod des Geschäftsherrn abgestellt werden könnten<sup>33)</sup>, gelte heute nicht mehr, wie sich auch aus der unbestreitbaren Zulässigkeit eines Vertrages zugunsten Dritte, auf den Todesfall (§ 301 BGB) ergebe. Wäre die Vollm. adT. unzulässig, so müßte ein ausdrückliches gesetzliches Verbot bestehen.

Daß die schrankenlose Zulassung atypischer Verf. vT.w. zu weit geht, ist bereits oben § 5 dargelegt. auf diese Ausführungen wird verwiesen. Die Frage der Umgehung des Erbrechts kann nicht allgemein entschieden werden<sup>34)</sup>, vielmehr ist bei jeder atypischen Verf. vT.w. auf die Int. essentia des Erben und der anderen Nachlaßberechtigten abzustellen. Durch die atypische Verf. vT.w. dürfen keine rechtlich geschützten Interessen des Erben oder anderer Nachlaßberechtigten verletzt werden, was bei der Vollm. adT. in der Tat nicht der Fall ist. Eine solche Interessenabwägung unterlassen die genannten Autoren.

Eine Begründung für die Zulässigkeit der Vollm. adT. gibt in die ein Zusammenhang Oertmann<sup>35)</sup>. Der Bevollm. adT. leide seine Rechtsstellung vom Erblasser ab, dieser habe den Tatbestand der Bevollmächtigung gesetzt. Daß der Erblasser das mit Wirkung gegen die Erben könne, folge aus der dem Erblasser zustehenden Verfügungsmacht über sein Vermögen. Die Erben bekamen den Nachlaß nur in der

27) Band III, 1. Hälfte, § 30 S. 210 ff.

28) Bankarchiv 1913/14 S. 5 ff.

29) S. 70 ff.

30) S. 52 ff.

31) S. 7, S. 42 ff.

32) S. 25 ff.

33) Über diesen römischrechtlichen Grundsatz näher Kleinschmidt S. 28 - 38.

34) Dagegen auch Ertlöcher S. 86; Raettig S. 12/13, 24; Neumann S. 47, 51; Reinshagen S. 27.

35) Bankarchiv 1913/14 S. 5 ff. und Komm. § 167 Anm. 3; ihm folgend Kleinschmidt S. 74; ähnlich auch Kettler S. 52 ff.

durch die Anordnungen des Erblassers herbeigeführten Rechtslage. Sie seien daran gebunden, soweit sie Erben seien, vgl. mit Wirkung in das ererbte Vermögen.

Hierbei unterläuft Oertmann jedoch eine *petitio principii*. Daß der Erblasser den Tatbestand der Bevollmächtigung noch selbst setzt, ist unbestreitbar, aber ob er ihn so setzen kann, daß die Rechtsfolgen ausschließlich den Erben treffen, das ist gerade die Frage, die bewiesen werden muß. Daß der Erblasser zu seinen Lebzeiten das volle Verfügungsrecht über sein Vermögen hat, besagt noch nichts darüber, ob und inwieweit ihm ein Verfügungsrecht über sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode zusteht.

3) Der Gedanke, daß die Vollm.adT. durch das System der formlichen Verfügungen vTw. nicht ausgeschlossen werde, findet seine scharfste Ausprägung in der berühmt gewordenen Lehre Endemanns<sup>36)</sup>, deren grundlegender Satz lautet: Der Bevollm.adT. vertritt nicht den Erben, sondern noch und allein den Erblasser<sup>37)</sup>; er verfügt nicht über Rechte des Erben, sondern über die Rechte des Erblassers, welche dieser aus dem Nachlaß ausgesondert und seiner über den Tod hinaus wirkenden Rechtsmacht vorbehalten hat.

Im einzelnen trägt Endemann vor: Der Erblasser könne auch durch andere als erbrechtliche Verfügungen über den Tod hinaus bestimmend auf seine Rechte einwirken. Es gebe Rechtsgeschäfte, deren Tatbestand erst nach dem Tode des Verfügenden zur Vollendung gelange und die gleichwohl als Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu behandeln seien, weil sie sich auf Rechte erstreckten, die der Berechtigte als "postume" seiner über das Leben fortwirkenden Rechtsmacht vorbehalten und demnach aus dem Nachlaß ausgeschieden habe. Derartige Rechtsgeschäfte seien Rechtsgeschäfte auf den Todesfall (= mat.Verf. vTw.) insofern, als sie ihrem Tatbestand nach erst durch den Erbfall oder nach dem Erbfall vollendet würden. Sie hätten aber keinen erbrechtlichen Inhalt; denn es werde nicht über Rechte verfügt, die zum Nachlaß gehörten; der Erblasser scheide vielmehr diese Rechte aus dem Nachlaß aus, er entziehe sie dem Erbgang und verfüge über sie als seine eigenen.

Speziell zur Vollmacht<sup>38)</sup> führt Endemann aus, daß der Geschäftsfähige eine über seinen Tod hinauswirkende Vollmacht<sup>39)</sup> erteilen könne. Im Verkehr bestehe die Übung, daß der Erblasser die Vollmacht "für sich und seine Erben" erteile,

36) Band III, 1. Hälfte, § 30 S. 210 ff.

37) Ebenso Leonhard Iherings Jahrb. 86/27 ff. (31/32).

38) S. 218 ff. aaO.

39) Es kann angenommen werden, daß Endemann mit seinen Ausführungen auch die Vollm.adT. behandeln will.

weil die Ansicht vorherrsche, daß der Bevollmächtigte im Namen der Erben handle. Dem sei nicht zuzustimmen. Vertretung bedeute Handeln anstelle und mit Wirkung für den Vollmachtgeber. Unser BGB kenne keinen Fall, in dem jemand die Rechtsmacht hätte, einen Vertreter für die Rechte anderer zu bestellen. Die Eigenart der postmortalen Vollmacht bestehe gerade darin, daß der Vertreter die Rechtsmacht haben solle, aus dem Willen des Verstorbenen über Rechte zu verfügen, die dieser seiner eigenen Rechtsmacht vorbehalten und daher aus dem Nachlaß ausscheiden wolle. Nur die Auffassung, daß der Bevollmächtigte als Vertreter des Verstorbenen in dessen Namen und für dessen Rechte handle, werde der Bedeutung der Vollm. adT. gerecht; nur damit lasse sich auch begründen, daß den Erben keineswegs das Recht zu beliebigem Widerruf zustehe. Wirkung und Zweck der Vertretung auf den Todesfall seien darauf gerichtet, daß der Erblasser auch nach seinem Tode noch durch das Handeln eines Vertreters wirksam Geschäfte über seinen Nachlaß vornehmen könne. Es seien seine eigenen Rechte, über die er hiermit verfüge und die er deshalb vom Nachlaß und der Erbfolge aussondere. Die Handlungen des Vertreters bezögen sich nicht auf Nachlaßrechte; soweit seine Vertretungsmacht reiche, trete das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des vom Erblasser bestellten TV. zurück. Der Vollmachtgeber reserviere sich diese Rechte als seine eigenen; er schaffe durch die Vollmachtserteilung eine Rechtslage, vermöge deren die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Vertreters ihm als eigene Erklärungen zugerechnet würden, gleichviel ob er noch lebe oder gestorben sei. Solche Fortwirkung des rechtsgeschäftlich verlaublichen Willens entspreche der Grundauffassung des BGB, wie sie in §§ 130 II, 153, 672, 168 BGB zum Ausdruck gekommen sei.

Endemanns Abhandlung ist berühmt; nicht deswegen, weil er die Vollm. adT. zuläßt, sondern weil er den Bevollm. adT. gegen die absolut herrschende Meinung<sup>40)</sup> als Vertreter des Erblassers auffaßt. Diese Grundauffassung Endemanns wird der Mehrschichtigkeit des Vertretungsbegriffes nicht gerecht. Die Vertretung kann, wie oben § 4 dargelegt, doppelt verstanden werden; als Handeln aus der Macht eines anderen oder als Einwirkung auf einen fremden Rechtskreis.

Unter dem Blickwinkel "Fremdwirkung" kann der Bevollm. adT. nicht mehr als Vertreter des Erblassers aufgefaßt werden; denn unbestreitbar treffen die Rechtsfolgen der vom Bevollm. adT. abgeschlossenen Rechtsgeschäfte allein den Erben, sie werden ihm darüber hinaus als seine eigenen Rechtsgeschäfte zugerechnet. Die Rechte, über die der Bevollm. adT. - sei es auch namens des Erblassers - verfügt, sind mit dem Erbfall Rechte des Erben geworden. Daß sie Rechte des

---

40) Am schärfsten wird die Kritik von Staudinger - Boehmer, Einl. z. Erbrecht § 26 IV 2 Note 11 formuliert, der von einer "juristischen Unsterblichkeitslehre" spricht.

Erblasser geblieben waren, ist unmöglich. Endemann gibt auch keine nähere Begründung, warum und vor allem: mit welcher rechtlichen Konstruktion der Erblasser die Macht haben soll, sich die ihm Bevollm. adT. anvertrauten Rechte über den Tod hinaus als eigene vorzubehalten. Es gibt Möglichkeiten für den Erblasser, bestimmte Rechte aus dem Nachlaß auszusondern. Er kann etwa eine ihm gehörende bewegliche Sache einem Dritten unter der aufschiebenden Bedingung übereignen, daß das Eigentum dem Dritten erst mit seinem (des Verkäufers) Tode zufällt. Oder er kann sich eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall (§ 331 BGB) bedienen, um Dritten mit dem Todesfall bestimmte obligatorische Ansprüche, insbesondere den Anspruch auf eine Lebensrenten-Versicherungssumme, zuzuwenden; diese Ansprüche werden nach herrschender Rechtsprechung nicht Bestandteil des Nachlasses, sondern gehen unmittelbar auf den Bedachten über<sup>41)</sup>. Aber eine Vollm. adT. ist nicht geeignet, eine Nachlaßaussonderung zu bewirken; denn durch die Vollmacht allein ändert sich die Rechtslage des Nachlasses in dinglicher und obligatorischer Hinsicht noch nicht, sondern erst dann, wenn der Bevollmächtigte von der Vollm. adT. Gebrauch macht, als nach dem Erbfall. Zu dieser Zeit sind aber die Rechte über die der Bevollmächtigte namens des Erblassers verfügt, schon Rechte des Erblassers geworden. Selbst wenn es eine Möglichkeit für den Erblasser gäbe, auf irgendeine Weise Rechte aus dem Nachlaß auszusondern, so ist damit noch nicht gesagt, daß der Erblasser diese Möglichkeit schrankenlos gebrauchen dürfte; auch hier läge die Frage offen, wie weit der Erblasser dem Nachlaß Rechte entziehen darf. Endemann verlagert also letztlich nur die Frage der Zulässigkeit der Vollm. adT. in die Frage der Zulässigkeit von Rechtsreservierungen - eine *petitio principii*.

Endemann muß andererseits zugegeben werden, daß der Erblasser die Vollm. adT. erteilt hat, der Bevollm. adT. seine Macht vom Erblasser ableitet und die Rechtsgeschäfte des Bevollm. adT. ihre Wirksamkeit dem Erblasser verdanken. Insoweit kann man den Bevollm. adT. als Vertreter, besser: als Vollstrecker des Erblassers bezeichnen - ein das ganze Recht der Vollm. adT. durchziehender Ziespalt. Endemann gebührt das Verdienst, die Bedeutung des Erblassers und seines letzten Willens für die Vollm. adT. nachdrücklich hervorgehoben zu haben, insofern auch seine Formulierungen (Nachlaßaussonderung, Rechtsreservierung usw.) im einzelnen nicht anfechtbar erscheinen.

4) Eine grundsätzlich andere Begründung gibt Boenmer<sup>42)</sup>. Er lehnt es ab,

41) RGZ 80/175 ff.; 88/137; 106/1 ff.; vgl. ferner Erman - Hense § 2301 Anm. 4; BGB - RGRK § 2301 Anm. 17.

42) Staudinger - Boehmer, Einl. z. Erbrecht § 26 IV Note 17, 18; § 1922 Anm. E XI 5 b Note 224 - 226; RG - Festschrift S. 309 ff.

die Vollm. adT. <sup>43)</sup> auf einen Willensakt des Erblassers zu stützen, sie mithin als mat. Verf. vTw. zu begreifen. Es sei unmöglich, meint Boehmer <sup>44)</sup>, daß der Erblasser den Bevollmächtigten zum Vertreter der Erben ernenne. Boehmer stützt die Vollm. adT. vielmehr auf eine Rechtsnachfolge des Erben in die Machtgeberstellung des Erblassers. Daß ein Vollmachtsverhältnis Gegenstand der Erbfolge sein kann, ist nicht zu bestreiten, da die Erbfolge mit Boehmer <sup>45)</sup> als ein umfassender Eintritt des Erben in die Rechts- und Pflichtenstellung des Erblassers zu verstehen ist. Aber der Gedanke der Rechtsnachfolge paßt nicht für die Vollm. adT., weil die Vollm. adT. zu Lebzeiten des Machtgebers noch nicht besteht, auch nicht als aufschiebend bedingtes Rechtsverhältnis, sondern erstmalig mit dem Tode des Machtgebers entsteht. Es ist kein Rechtsverhältnis an, das vererbt werden könnte, vielmehr wird ein Rechtsverhältnis original mit dem Todesfall neu geschaffen <sup>46)</sup>. Die Vollm. adT. ist eine mat. Verf. vTw. und damit vor dem Erbfall rechtlich ein Nichts. Der Meinung Boehmers liegt unausgesprochen die Ansicht zugrunde, daß die Vollmacht schon zu Lebzeiten des Machtgebers bestehe, nur in ihrem Inhalt auf die Zeit nach dem Erbfall bezogen (beschränkt) sei. Aber bei der Vollm. adT. kann nicht zwischen Existenz und Inhalt getrennt werden: wenn nach dem Inhalt einer Vollmacht von ihr noch nicht Gebrauch gemacht werden kann, dann besteht sie noch nicht; eine Vollmacht, die den Bevollmächtigten noch nicht zum Handeln berechtigt, ist noch keine wirksame Vollmacht <sup>47)</sup>.

Auf derselben Linie wie Boehmer liegen auch jene Autoren wie z. B. Eule <sup>48)</sup>, Kettler <sup>49)</sup>,

---

43) Boehmer spricht nicht ausdrücklich von der Vollm. adT. Er behandelt jedoch die Fälle, wo der Erblasser durch eine Vollmacht eine Zuwendung einleitet, die nach seinem Willen ausschließlich nach seinem Tode verwirklicht werden soll, Fälle, in denen der Erblasser zwar mit seinem baldigen Ableben rechnet und deswegen die Schenkung anordnet, aber auch damit einverstanden ist, daß die Schenkung vor seinem Tode und unabhängig von diesem durchgeführt wird (= Vollm. üdT.), scheidet Boehmer (Staudinger, Einl. z. Erbrecht, § 26 III 2 Note 9; RG - Festschrift S. 294) aus seiner Betrachtung aus, weil diese Fälle nach seiner Meinung ohnehin keine Umgehung der Verfügungen vTw. darstellen (arg. § 2301 I BGB). Auf Grund dieser Themenbegrenzung darf angenommen werden, daß Boehmer bei seinen Ausführungen die Vollm. adT., nicht lediglich die Vollm. üdT. im Auge hat.

44) In Übereinstimmung mit Eccius, Gruchots Beitr. 47/212.

45) RG - Festschrift S. 216.

46) So auch Kleinschmidt S. 74.

47) Vergl. oben § 2.

48) S. 49, 50 (für den sog. uneigentlichen Auftrag adT. und die uneigentliche Vollm. adT.)

49) S. 52 ff.

Overhues<sup>50)</sup>, Oertmann<sup>51)</sup> und insoweit auch Endemann<sup>52)</sup>, welche die Zulässigkeit von Auftrag und Vollm. adT. unmittelbar aus den gesetzlichen Vorschriften der §§ 672, 168 BGB entnehmen wollen<sup>53)</sup>. Diese Bestimmungen betreffen sich mit der Fortgeltung eines bereits bei Lebzeiten des Machtgebers bestehenden Auftrags und einer bereits bei Lebzeiten des Machtgebers wirksamen Vollmacht, sie regeln also Auftrag und Vollmacht adT., nicht Auftrag und Vollmacht adT. Wenn man auch Auftrag und Vollmacht adT. unter diese Bestimmungen subsumieren will, so ist das wiederum nur möglich, wenn man - so insbesondere Eule aaO. und Kettler aaO.<sup>54)</sup> - annimmt, daß es Aufträge und Vollmachten adT. (im uneigentlichen Sinne) geben könne, welche bereits zu Lebzeiten des Machtgebers voll wirksam bestünden und nur inhaltlich auf postmortale Handlungen ausgerichtet seien. Wie bereits mehrfach dargelegt, ist eine solche Trennung zwischen Inhalt und Wirksamkeit bei der Vollmacht nicht möglich. Beim Auftrag ist die Unterscheidung zwar möglich, hilft aber nicht weiter. Der (uneigentliche) Auftrag adT. kann zwar unter § 672 BGB subsumiert werden<sup>55)</sup>, da er schon zu Lebzeiten des Machtgebers wirksam besteht. Daraus folgt jedoch nur, daß er über den Tod des Machtgebers fortauern kann. Aber ob ein Auftrag, der auf eine postmortale Tätigkeit des Beauftragten gerichtet war, von vornherein wirksam begründet werden konnte, darüber besagt § 672 BGB nichts; § 672 BGB schafft die Gültigkeit eines Auftrages nicht, sondern setzt sie voraus.

Endemann aaO. und König<sup>56)</sup> wollen - zu Unrecht - die §§ 130 II, 153 BGB heranziehen. Im Hinblick auf diese Vorschriften müsse es zulässig sein, daß der Bevollm. adT. Rechtsgeschäfte abschließe, nachdem der verstorbene Machtgeber die Grundlage für das Handeln des Bevollmächtigten geschaffen habe.

---

50) S. 24, 32.

51) Bankarchiv 1913/14 S. 6.

52) Band III, 1. Hälfte, § 30 S. 218 ff.

53) Dagegen zutreffend Kleinschmidt S. 70-71; König S. 33; Lamberg S. 4-5; Breier S. 37/38; Ettlinger S. 84; Reinshagen S. 26; Raettig S. 12, 23; Heldrich Iherings Jahrb. 79/315 ff. (S. 323/324); Rehbein Anm. II 4 c zu §§ 164 - 181 (= S. 269 ff.); Neumann S. 48, 50; Poischen S. 19 ff.

54) Während Eule (S. 50) es auf den Willen des Erblassers abstellt, ob die Vollm. adT. bereits bei Lebzeiten des Erblassers wirksam ist, faßt Kettler aaO. offenbar jede postmortale Vollmacht so auf, als sei sie schon zu Lebzeiten des Machtgebers wirksam entstanden.

55) A. M. Raettig S. 12, 23; Reinshagen S. 26. Diese wollen unter § 672 BGB nur einen Auftrag subsumieren, der seinem Inhalt nach auf eine Tätigkeit des Beauftragten zu Lebzeiten des Auftraggebers gerichtet ist (Auftrag üdT.).

56) S. 53.

Die genannten Bestimmungen betreffen jedoch nur das technische Zustandekommen einer Willenserklärung (den "Erklärungstatbestand") oder eines Vertrages, welches nach dem Tode des Erklärenden (Vertragsschließenden) erfolgen kann. Aber ob die Willenserklärung oder der Vertrag von vornherein einen Inhalt haben können, der wie eine mat. Verf. vTw. auf eine Nachlaßregelung abzielt, wird durch die genannten Bestimmungen nicht entschieden. Man kann auch sagen: Die §§ 130 II, 153 BGB betreffen nur die zufällige Unterbrechung einer Tatbestandsvollendung, nicht gestatten sie eine bewußte Hinausschiebung von Rechtsfolgen auf den Tod des Erklärenden.

5) Von vielen Autoren wird die Zulässigkeit von Auftrag und Vollmacht adT. aus der geschichtlichen Entwicklung des sog. "mandatum post mortem" hergeleitet<sup>57)</sup>; so insbesondere Oertmann<sup>58)</sup>, Hemmersbach<sup>59)</sup>, Lamberg<sup>60)</sup> und Erlanger<sup>61)</sup>. Man beruft sich darauf, daß das sog. mandatum post mortem im Römischen Recht<sup>62)</sup> und vor allem im Gemeinen Recht allgemein als zulässig anerkannt war, obwohl der gewöhnliche, lebzeitige Auftrag mit dem Tode des Auftraggebers entgegen dem jetzigen § 672 BGB grundsätzlich erlosch. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches habe diese Rechtslage vorgefunden. Wenn er das allgemein bekannte mandatum post mortem nicht ausdrücklich verboten habe, dann müsse das so verstanden werden, daß er die Gültigkeit des mandatum post mortem nicht antasten wollte. Wenn sich die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches entgegen dem Gemeinen Recht die in den modernen Kodifikationen durchgedrungene Regel, daß der (lebzeitige) Auftrag nicht mit dem Tode des Auftraggebers erlösche, zu eigen gemacht hätten (§ 672 BGB), so könne man nicht annehmen, daß sie nun umgekehrt den Auftrag adT. abschaffen und damit einen Rückschritt hinter das Gemeine Recht tun wollten. Jedenfalls hätten es die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches in ihrem Gesetzgebungswerk klar ausdrücken müssen, wenn sie hätten mit der gewohnheitsrechtlichen Zulässigkeit des mandatum post mortem brechen wollen.

Diese Überlegung ist jedoch nicht zwingend. Aus der geschichtlichen Situation, die der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches vorgefunden hat, kann man formal auch den gegenteiligen Schluß ziehen, nämlich: Wenn den Verfassern des

---

57) Gründliche Darstellungen der geschichtlichen Entwicklung geben Kleinschmidt S. 25 ff. und König S. 11 ff.

58) Bankarchiv 1913/14 S. 6.

59) S. 26 ff.

60) S. 7.

61) Bankarchiv 1905/06 S. 131 ff.

62) Für das Römische Recht ist der Grundsatz fraglich; vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen von Kleinschmidt S. 30 ff.

Bürgerlichen Gesetzbuches das *mandatum post mortem* als zulässiges Institut des Gemeinen Rechts bekannt gewesen sei und sie es trotzdem nicht in ihr Gesetzgebungswerk übernommen hätten, dann sei das so zu verstehen, daß sie das *mandatum post mortem* für die Zukunft abschaffen wollten: das Schweigen des Bürgerlichen Gesetzbuches sei eine (stillschweigende) Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage. Diese Schlußfolgerung ist zwanglos möglich und tatsächlich gezogen worden<sup>63)</sup>. Nicht zu Unrecht wird daher der historische Beweis von manchen Autoren abgelehnt<sup>64)</sup>. Der historische Beweis ist jedoch dann brauchbar, wenn man nicht auf irgendeinen vermuteten Willen der Gesetzgeber abstellt, sondern auf den tatsächlichen Willen der Gesetzesverfasser, wie er sich aus den Gesetzesmaterialien erschließt<sup>65)</sup>. Motive und Protokolle zum BGB befassen sich eingehend mit der Frage, ob Auftrag und Vollmacht mit dem Tode des Auftraggebers erlöschen oder fortauern sollen, also mit Auftrag und Vollmacht adT.<sup>66)</sup> Dagegen wird die Vollm. adT. nicht eigens behandelt, es ist daher nicht verwunderlich, daß sie keine eigene Regelung im Gesetz erfahren hat, was zweckmäßig gewesen wäre. Soweit ersichtlich, wird das eigentliche *mandatum post mortem*, also Auftrag und Vollmacht adT., lediglich an einer einzigen Stelle in den Protokollen<sup>67)</sup> erwähnt, und zwar anläßlich der Ablehnung eines Antrages, wonach in § 599 des Entwurfs (jetzt § 673 BGB) das Erlöschen des Auftrages mit dem Tode des Auftraggebers festgelegt werden sollte. Der ablehnende Beschluß der Kommission beruhte auf der Erwägung, daß die Erben im Durchschnitt der Fälle durch die Fortführung des Auftrages über den Tod des Auftraggebers hinaus nicht beeinträchtigt würden: denn die Erben müßten sich ja die Ausführung dieses Auftrages gefallen lassen, wenn der Erblasser die Ausführung erlaubt oder wenn er den Auftrag auch für den Fall seines Todes (1) erteilt hätte. Aus dieser Äußerung wird man entnehmen dürfen, daß die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches es als selbstverständlich ansahen, daß ein Auftrag (und entsprechend eine Vollmacht) für den Todesfall erteilt werden konnte und daß sie nicht daran dachten, an dieser Zulässigkeit etwas zu ändern. Jedenfalls wurde der genannten Äußerung nicht widersprochen und auch sonst findet sich in den Gesetzesmaterialien kein Hinweis, daß die Geltung des *mandatum post mortem* im Kreis der Gesetzesverfasser angezweifelt oder seine künftige Geltung bekämpft worden wäre.

---

63) So Breier S. 39.

64) So z.B. Reinshagen S. 27; Raettig S. 14, 24; Neumann S. 28.

65) Eingehend zu den Gesetzgebungsarbeiten Overhues § 6.

66) Einschlägig: Motive I S. 233 ff.; Motive II S. 547 ff.; Protokolle I S. 143 ff.; Protokolle II S. 371 ff.

67) Protokolle II S. 373.

Obwohl die Anhaltspunkte zugegebenermaßen spärlich sind, führt also auch die historische (subjektive) Gesetzesauslegung zur Zulässigkeit der Vollm. adT. Ist die historische (subjektive) Auslegung für sich allein nur ein schwacher Beweis <sup>68)</sup>, im Zusammenhang mit den anderen Argumenten für die Zulässigkeit der Vollm. adT., welche auf einer vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers gelösten objektiven Gesetzesauslegung beruhen, ist sie wertvoll, indem sie die bereits auf anderem Wege gefundenen Ergebnisse bekräftigt.

69) Manche Autoren, z.B. Endemann <sup>69)</sup>, Ethingen <sup>70)</sup> und Hemmersbach <sup>71)</sup>, wollen die Zulässigkeit der Vollm. adT. aus § 7 des Reichsschuldbuchgesetzes vom 31. Mai 1910 (RGBl. I S. 840) <sup>72)</sup> entnehmen. Nach dieser Bestimmung konnte der Gläubiger einer Buchforderung außer sich selbst eine zweite Person eintragen lassen, die nach dem Tode des Gläubigers die Gläubigerrechte gegenüber der Reichsschuldenverwaltung auszuüben befugt war. Ein Unterschied zwischen einer solchen Eintragung und einer Vollm. adT. sei nicht ersichtlich, damit sei vom Gesetzgeber anerkannt, daß unsere Rechtsordnung gegen solche Rechtsgeschäfte auf den Todesfall nichts einzuwenden habe.

Dagegen ist einzuwenden, daß § 7 des Reichsschuldbuchgesetzes eine auf das Gebiet des Schuldbuchrechts beschränkte Sonderbestimmung darstellt, die wie alle Sonderbestimmungen den Nachteil hat, daß man aus ihr nicht nur den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ablesen kann, sondern formal doch noch einen Gegenschuß ziehen kann. Für sich allein ist § 7 des Reichsschuldbuchgesetzes daher als Beweismittel für die Zulässigkeit ganz Vollmacht adT. ungeeignet. Nur wenn man alle die anderen Argumente für die Zulässigkeit der Vollm. adT. heranzieht, kann man sagen, daß in § 7 des Reichsschuldbuchgesetzes ein allgemeiner Rechtsgedanke, nämlich die Zulässigkeit von Vollmachten adT., seine spezielle Ausprägung für das Sondergebiet des Schuldbuchrechts erfahren habe.

73) Schließlich werden auch die rechtspolitischen Gründe für die Zulässigkeit einer Vollm. adT., nämlich ihre vielseitige Brauchbarkeit (darüber oben § 7), gebührend hervorgehoben, insbesondere von Oertmann <sup>73)</sup>,

68) Auf die Berechtigung oder gar Notwendigkeit einer subjektiven Gesetzesauslegung kann hier nicht näher eingegangen werden.

69) Band III, 1. Hälfte, § 30 S. 218 ff. (220).

70) S. 93.

71) S. 26 ff.

72) Für Bayern durch Art. 3 des Bayerischen Staatsschuldbuchgesetzes vom 8. November 1954 (Bay BS III S. 540) übernommen.

73) Bankarchiv 1913/14 S. 6 ff.

Kleinschmidt <sup>74)</sup>, Kettler <sup>75)</sup>, Ettlinger <sup>76)</sup> und Poischen <sup>77)</sup>.

#### IV.

##### Einschränkungen der Vollm. adT.

Im Schrifttum wird verschiedentlich versucht, die Zulassung der zulässig anerkannte Vollm. adT. einzuschränken. Hierbei sind folgende Wege in Betracht zu ziehen:

1) Ein Teil der Autoren will in verschiedener Weise auf den Einzelfall abstellen, ob eine Vollm. adT. zulässig ist oder nicht - eine Methode, welche die Rechtsanwendung ungemein erschwert. So führt etwa die Begründungskommentar zum BGB aus <sup>78)</sup>, daß Vollmachten, die über den Tod des Erblassers hinaus wirken sollten (damit dürften auch Vollmachten adT. gemeint sein), wirtschaftlich zu einem ähnlichen Erfolg führen könnten wie eine TV. Solche Vollmachten könnten im Einzelfall - wegen höherem Interesse des Erblassers - einer oder unzulässiger Umgehung der Sicherungen, welche die §§ 2197 ff. BGB beim TV. vorsähen, sittenwidrig und damit nichtig sein. Das Wichtigste, nämlich wann eine solche Gleichheit des wirtschaftlichen Erfolges vorliegt, wird nicht gesagt, lediglich als Beispiel auf den besonders fassen Fall einer unzulässigen Generalvollmacht hingewiesen, die in der Tat unzulässig ist. Es wird nicht die Rechtsbeschränkung des Erben als das entscheidende Merkmal der TV. hergestellt, woraus sich die allgemeine Lösung ergeben hätte, daß die unzulässige Vollm. adT. immer zulässig, die unzulässige Vollm. adT. immer unzulässig ist.

Während die Reichsgerichtsarekommentar im Ansatze auf eine auf die Gleichheit der Wirkungen beider Institute und damit auf ein objektives Merkmal abstellen, ziehen andere Autoren ein subjektives Merkmal heran, nämlich die Absicht des Erblassers zur Umgehung der förmlichen Verfügungen vTw. Besonders deutlich

---

74) S. 72/73.

75) S. 54.

76) S. 93.

77) S. 26.

78) BGB-RGRK Anm. 12 vor § 2197 BGB. In Anm. 6 zu § 168 BGB fehlt jede Begründung für die Zulässigkeit der Vollm. adT., es wird lediglich auf die Entscheidung RG Warn.Rspr. 1925 Nr. 126 Bezug genommen.

sagt das Staudinger - Dittmann <sup>79)</sup>; es werde sorgfältig zu prüfen sein, ob nicht in Wahrheit eine letztwillige Verfügung, etwa die Einsetzung eines TV., beabsichtigt (1) sei; bejahendenfalls müßten die für solche Verfügungen geltenden Formvorschriften eingehalten werden <sup>80)</sup>. Nach Staudinger - Coing <sup>81)</sup> wird es sich bei der Vollm.adT. häufig (1) um die unwirksame Vorbereitung (1) einer Zuwendung von Todes wegen handeln. Lehmann <sup>82)</sup> meint, daß die Vollm.adT. (im Einzelfall) zur Umgehung der Vorschriften über letztwillige Verfügungen dienen (1) könne; wann dies anzunehmen sei, bedürfe im einzelnen noch näherer Prüfung.

Diesen und ähnlichen Formulierungen ist entgegenzuhalten, daß die Absicht des Erblassers, bestimmte postmortale Ziele außerhalb der erbrechtlichen Ordnung des Gesetzes zu erreichen, allein nicht ausreicht, um die betreffenden atypischen Verfügungen vTw. für unzulässig zu erklären: Sie ist nur der Anlaß für eine Prüfung der Zulässigkeit. Ob die betreffende atypische Verf.vTw. unzulässig ist, hängt davon ab, ob sie rechtlich oder wenigstens wirtschaftlich dieselben Wirkungen im Rechtskreis des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter erzeugt wie eine förmliche Verf.vTw. Wenn ja, ist sie unzulässig, selbst wenn der Erblasser im Einzelfall nicht die Absicht einer Umgehung gehabt haben sollte (z.B. der Erblasser erteilt eine unwiderrufliche Vollm.adT. allein deswegen, weil er infolge Rechtsunkenntnis nie etwas von einer TV. gehört hat). Außerdem ist durch die allgemeine Forderung, der Erblasser dürfe mit der Vollm.adT. oder einer anderen atypischen Verf.vTw. nicht die Umgehung der förmlichen Verf.vTw. erstreben, noch nicht geklärt, wann eine solche Absicht des Erblassers vorliegt; m. a. W. der Gegenstand der Absicht, die Umgehung erbrechtlicher Institute, müßte in seinen Voraussetzungen genau abgegrenzt werden, es sei denn, man will jede atypische Verf.vTw. außerhalb des Erbrechts für unzulässig erklären, was aber nicht richtig ist (siehe oben § 5) und von den genannten Autoren, die ja gerade Unterschiede für den einzelnen Fall treffen möchten, auch sicher nicht gewollt ist.

2) Andere Autoren wie z.B. Enneccerus-Nipperdey <sup>83)</sup>, Kipp-Coing <sup>84)</sup>,

79) Vorbem. XXVI Note 100 vor § 2197 BGB; § 2197 Anm. I 4 Note 7 (für die Gültigkeit des Auftr.adT. .

80) Schenkungsvollmachten adT. halt Staudinger-Dittmann allgemein für unzulässig; vgl. § 2301 Anm. VII 3 Note 34, 35.

81) § 168 Anm. II 2 b.

82) § 36 V 7.

83) 1. Teil, 2. Halbband, § 186 V 5.

84) § 91 IV 7.

Müller-Freienfels<sup>85)</sup>, Staudinger-Coing<sup>86)</sup>, Schlegelberger-Vogels-Hezel<sup>87)</sup>, Poischen<sup>88)</sup> und Ertltinger<sup>89)</sup> gehen einen Schritt weiter. Sie sehen vom Einzelfall ab und wollen allgemein jede Vollm. adT. für unzulässig erklären, welche nach dem Willen des Erblassers die Vornahme uneigentlicher postmortaler Zuwendungen aus dem Nachlaß zum Gegenstand hat. Eine Vollm. adT. ist demnach nur insoweit zulässig, als sie zu eigentlichen Rechtsgeschäften ermächtigt.

Am eingehendsten wird diese Meinung von Ertltinger aaO. und Poischen aaO. begründet, wobei Ertltinger lediglich die Schenkung, welche der Bevollm. adT. vornimmt (sog. Hauptgeschäft) für unzulässig erklärt, die vorbereitende Vollm. in dagegen für zulässig hält, während Poischen auch die Vollm. adT. als solche für unzulässig hält<sup>91)</sup>. Beide Autoren begründen die Unzulässigkeit der postmortalen Schenkung bzw. der Schenkungsvollmacht adT. mit der Anwendung des § 2301 I BGB<sup>92)</sup>. Da beide Autoren die Vollm. adT. nicht als eine materielle Verfügung ansehen (siehe oben § 2), kann es sich nur um eine analoge Anwendung dieser Vorschrift handeln, die mit der angeblichen Ähnlichkeit zwischen einem Vermächtnis und einer durch Vollm. adT. vorgenommenen postmortalen Schenkung gerechtfertigt wird. Hierzu führt Ertltinger aus, daß § 2301 I BGB nicht unmittelbar anwendbar sei, weil die Bedingung des Überlebens des Bedachten bereits ein-

85) S. 322/323; er will die Schenkungsvollm. adT. der erbrechtlichen Form unterstellen, was darauf hinausläuft, die Schenkungsvollm. adT. für unzulässig zu erklären; Vollmachten, die den Hinterbliebenen in der Zeit unmittelbar nach dem Erbfall die nötigen Geldmittel verschaffen sollen (Bankvollmachten) will Müller-Freienfels S. 324 dagegen für gültig halten.

86) § 168 Anm. II 2 c.

87) § 168 Anm. V Note 19.

88) S. 17 ff.

89) S. 106 ff.

90) Ähnlich auch RGZ 114/351 ff. = LZ 1926/Sp. 1326 Nr. 2 = Recht 1927 Nr. 10 b, wo festgestellt wird, daß eine Vollmacht auf den Todesfall erteilt werden könne, wenn sie zur Erfüllung eines unter Lebenden abgeschlossenen Rechtsgeschäfts diene (hier: Vollmacht in einem Kaufvertrag zur Auflassung an den Käufer); die Gültigkeit einer Vollm. adT. in anderen Fällen ließ das Reichsgericht dahingestellt.

91) Wenn Ertltinger aaO. die vom Bevollm. adT. durchgeführte Schenkung ablehnt, dann spricht das auch gegen die Zulässigkeit der Vollm. adT. Eine Vollm. adT., die nicht zu einem gültigen Hauptgeschäft führen kann, ist sinnlos. Ertltinger muß daher zu den Gegnern der Schenkungsvollm. adT. gerechnet werden.

92) So auch Staudinger-Coing aaO., Enneccerus-Nipperdey aaO.

getreten sei, der Schenkungsvertrag durch den Bevollm. adT. also ohne jede Bedingung abgeschlossen werde. Ob jedoch die Wirkungen des (vom Erblasser selbst abgeschlossenen) Zuwendungsgeschäfts oder der Abschluß des Zuwendungsgeschäftes (über eine Mittelsperson) in die Zukunft verlegt werde, sei ein rein äußerlicher Unterschied. Der Zweck bleibe immer derselbe; es solle in beiden Fällen ein eigenes, lebzeitiges Vermögensopfer des Zuwendenden (Erblassers) vermieden werden. Poischen aaO. meint, daß die Vollm. adT., obwohl keine mat. Verf. vTw., denselben wirtschaftlichen Erfolg wie ein Vermächtnis herbeizuführen vermöge und nach ihrem Zweck auch herbeiführen solle.

Die Anwendung des § 2301 BGB führt zu dem Ergebnis, daß die Vollm. adT. bzw. die vom Bevollm. adT. vorgenommene Schenkung unzulässig ist. Eine Ungültigkeit kommt nur dann nicht in Betracht, wenn die Schenkung noch zu Lebzeiten des Erblassers "vollzogen" worden ist (§ 2301 II BGB), wobei es für die Annahme eines Schenkungsvollzuges genügt, daß der Bedachte zu Lebzeiten des Erblassers eine rechtlich gesicherte, vom Erblasser nicht mehr zerstörbare Erwerbsanwartschaft erlangt hat. Durch die Erteilung einer für den Erben widerruflichen Vollm. adT. wird nach Ettlinger und Poischen aaO. kein Schenkungsvollzug in diesem Sinne begründet; ein solcher könne nur bei einer unwiderruflichen Vollm. adT. <sup>93)</sup>, welche von beiden Autoren zu Unrecht als zulässig anerkannt wird, angenommen werden, obwohl nicht einzusehen ist, wieso eine unwiderrufliche Vollmacht eine Anwartschaft des Bedachten begründen kann, da der Erbe nicht gehindert ist, über den Zuwendungsgegenstand jederzeit anderweitig zu verfügen.

Dieser Meinung ist entgegenzuhalten, daß man nicht auf die Zweckgleichheit abstellen darf, sondern nur auf die Wirkungen, die im Rechtskreis des Erben hervorgerufen werden. Hierzu kann auf die Ausführung oben § 4 verwiesen werden, wo dargelegt ist, daß Auftrag und Vollm. adT. sich von Vermächtnis und Schenkung vTw. grundlegend unterscheiden, weil die echten Zuwendungen von Todes wegen mit dem Erbfall dem Bedachten einen unentziehbaren Anspruch gegen den Erben verschaffen und weil sie Rechtsgeschäfte (Zuwendungen) des Erblassers, nicht des Erben darstellen. Die Schenkung, welche der Bevollm. adT. vornimmt, kann weder rechtlich noch wirtschaftlich mit einem Vermächtnis oder einer Schenkung vTw. gleichgesetzt werden, und damit entfällt die Anwendbarkeit des § 2301 BGB.

---

93) Eine unwiderrufliche Vollm. adT. wird von beiden Autoren für zulässig gehalten, obwohl sie die unabänderliche Bindung des Erben an die Handlungen der Mittelsperson als das wesentliche Merkmal der TV. hervorheben, welches durch eine (widerrufliche) Vollm. adT. nicht erreicht werde. Ettlinger aaO. verlangt für einen Schenkungsvollzug neben der unwiderruflichen Vollmacht zusätzlich, daß der Erblasser dem Bevollm. adT. den Zuwendungsgegenstand fiduziarisch übertragen oder wenigstens übergeben habe.

54) Eine besondere Aufteilung hinsichtlich der Zulässigkeit der Vollm. adT. versucht Eule <sup>94)</sup>. Er knüpft an seine bereits erörterte <sup>95)</sup> Unterscheidung zwischen "eigentlichen" und "uneigentlichen" Vollmachten adT. an. Nach Eule gibt es Vollmachten, bei denen das Vollmachtsverhältnis bereits zu Lebzeiten des Machtgebers wirksam ist, möge auch der Inhalt der Vollmacht auf Rechtshandlungen gerichtet sein, die erst nach dem Tode des Machtgebers vorzunehmen sind. Dabei gebe es aber auch Vollmachten, bei denen die Wirksamkeit wirklich erst dem Tode des Machtgebers anheime, bei denen also auch dem Willen des Machtgebers sein Tod Erfordernis der Vervollendung des Tatbestands der Vollmacht sei. Die erstgenannte Vollm. adT. hält Eule unbedenklich für zulässig, wegen §§ 166, 672 BGB, soweit der Vollm. adT. ein Auftrag oder ein Geschäftsbefugnisvertrag zugrunde liegt; bei der isolierten Vollm. adT. auf Grund der allgemeinen Prinzipien der Erbfolge, die als umfassender Eintritt des Erben in die Rechts- und Pflichtensstellung des Erblassers - auch in unfertige "Rechtslagen" wie eine Vollmacht - zu verstehen sei <sup>96)</sup>.

Dagegen hält Eule die zweitgenannte Vollm. adT. "eigentliche Vollm. adT." für unzulässig, da sie eine unzulässige Konkurrenz zu den mat. Verf. vTw. im allgemeinen <sup>97)</sup> darstelle; denn hier habe der Erblasser den Tatbestand der Bevollmächtigung zu seinen Lebzeiten nicht bedingungslos vollendet, vielmehr habe er seinen Tod, der Rechtsbedingung für eine letztwillige Verfügung sei, zur rechtsgeschäftlichen Bedingung der Vollm. adT. gemacht. Derartiges sei nur im Wege der letztwilligen Verfügung möglich. Damit sei diese Art von Vollm. adT. unzulässig; denn die Bestimmungen über materielle Verf. vTw. wären wertlos, wenn sie nicht gleichzeitig den Vorrang der Ausschließlichkeit hätten.

Wie bereits mehrfach dargelegt, ist eine Unterscheidung zwischen "eigentlicher" und "uneigentlicher" Vollm. adT. nicht möglich. Eine Vollmacht, die schon zu Lebzeiten des Machtgebers wirksam besteht, aber den Bevollmächtigten erst nach dem Tode des Machtgebers zur Vertretung ermächtigt, läßt sich begrifflich nicht vorstellen. Da einziger Inhalt und einzige Rechtsfolge einer Vollmacht die Befugnis des Bevollmächtigten zur Stellvertretung für den Machtgeber ist, kann man von dem Bestehen einer Vollmacht erst dann sprechen, wenn der Bevollmächtigte zum Handeln für den Machtgeber befugt ist; wenn der Bevollmächtigte erst nach dem Tode des Machtgebers zum Handeln befugt ist, besteht zu Lebzeiten des Machtgebers noch keine Vollmacht, ebenso wenig wie man beispielsweise von dem Bestehen einer TV. sprechen kann, solange der Erblasser lebt.

94) S. 49 ff.

95) Siehe oben § 2.

96) Im Anschluß an Boehmer, RG - Festschrift S. 216, 309.

97) Eine Konkurrenz speziell zur TV. lehnt Eule S. 57 ff. dagegen zutreffend ab.

4) Einige Autoren, z.B. Müller-Freienfels<sup>98)</sup> und Bauer-Mengelberg<sup>99)</sup>, wollen zwar eine Vollm.adT., wenigstens eine Verwaltungsvollmacht für gültig halten, jedoch wollen sie die Einhaltung der erbrechtlichen Form (Testament, Erbvertrag) verlangen<sup>100)</sup>. Diese Ansicht<sup>101)</sup> würde der Vollm.adT., deren Nützlichkeit nicht zuletzt in ihrer Formlosigkeit liegt, einen Großteil ihrer praktischen Bedeutung rauben; denn wenn der Erblasser schon ein Testament errichten muß, kann er ebenso gut eine TV. anordnen<sup>102)</sup>.

Ein erbrechtlicher Formzwang ist jedoch nicht begründet. Die Vollm.adT. ist nur materiell, ihrem Inhalt nach, eine Verf.vTw. Äußerlich, der Form nach, ist und bleibt sie eine Vollmacht, also ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, und allein hiernach bestimmt sich die Formbedürftigkeit oder Formlosigkeit der Vollm.adT.<sup>103)</sup>. Es ist gerade das Besondere dieser atypischen Verf. vTw., daß sie es dem Erblasser ermöglicht, mit Hilfe eines lebzeitigen, formlosen Rechtsgeschäftstyps die Wirkungen einer mat. Verf.vTw., wenn auch einer solchen schwächerer Art, zu erzeugen. Die Bedenken gegen die Vollm.adT. entspringen nicht zuletzt der Befürchtung, daß der Erblasser mit einer grundsätzlich formlosen Erklärung in das Gebiet der förmlichen Verf.vTw. eingreifen kann. Entschließt man sich trotzdem dazu, die Vollm.adT. zuzulassen, dann muß man sie als lebzeitigen Rechtsgeschäftstyp ohne erbrechtliche Form zulassen. Ebenso wenig wie es einen allgemeinen Satz gibt, daß atypische Verf.vTw. schlechthin ausgeschlossen seien, ebenso wenig gibt es einen Satz, daß atypische Verfügungen, wenn sie zulässig sein sollen, die erbrechtliche Form wahren müßten. Es kann sein, daß bei bestimmten atypischen Verf.vTw. Gründe vorliegen, die einen erbrechtlichen Formzwang rechtfertigen. Bei der Vollm.adT. ist das nicht der Fall, da sie wesentlich schwächere Wirkungen als die förmlichen Verf.vTw. hat. Sie kann daher nicht der erbrechtlichen Form unterstellt werden. Würde sich die Vollm.adT. die Wirkungen einer förmlichen Verf.vTw. anmaßen, so wäre sie auch dann unzulässig, wenn sie in erbrechtlicher Form erteilt wäre.

---

98) S. 322.

99) S. 28.

100) Nur eine Bankvollmacht will Müller-Freienfels (S. 324) ohne erbrechtliche Form für gültig halten.

101) Dagegen insbesondere Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 10; Kleinschmidt S. 75 ff.

102) Sofern der Erblasser nicht gerade Wert darauf legt, daß sein Erbe die Mittelsperson abberufen kann; diesen Erfolg kann der Erblasser nur durch eine Vollm.adT. erreichen, während er die TV. nicht so ausgestalten kann, daß der TV. durch den Erben beliebig absetzbar ist.

103) Einen Formzwang schafft z.B. § 29 GBO.

## 3. KAPITEL

VERHÄLTNIS ZU ANDEREN VERWALTERN  
DES NACHLASSES

## § 9

## Verhältnis zum Testamentsvollstrecker

## I.

1.) Die erste Frage lautet, ob der Erblasser bestimmen kann, daß nach seinem Tode sowohl TV. über seinen Nachlaß stattfinden als auch eine Vollmacht adT. wirksam werden soll. Können TV. und Vollm. adT. nebeneinander bestehen?

Diese Frage ist zu bejahen. Wie bereits dargelegt <sup>1)</sup>, gehört es nicht zu den Wesensmerkmalen der TV., daß der TV. hinsichtlich bestimmter, mehr oder weniger zahlreicher Rechtshandlungen ausschließlich zuständig ist. Der Erblasser kann das gesetzliche Normalbild der TV. in seinem Testament so abwandeln, daß er den Erben ermächtigt, bestimmte oder auch alle Rechtshandlungen hinsichtlich des Nachlasses statt des TV. selbst vorzunehmen (arg. § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB). Kann der Testamentsvollstrecker also schon im Verhältnis zum Erben, seinem natürlichen Interessengegner, keine ausschließliche Handlungszuständigkeit beanspruchen, umso weniger kann er das gegenüber einer Mittelsperson des Erblassers, wie es der Bevollm. adT. ist. Testamentsvollstrecker und Bevollm. adT. sind beide Mittelspersonen des Erblassers, dazu bestimmt, ihm nach seinem Tode post-mortale Einwirkungsmöglichkeiten auf den Nachlaß zu eröffnen; beide leiten ihre Rechtsstellung aus dem Willen des Erblassers ab. Es muß dem Erblasser daher freistehen, beide Rechtsformen nach seinem Belieben abzugrenzen oder Doppelzuständigkeiten hinsichtlich bestimmter Nachlaßhandlungen zu begründen <sup>2)</sup>. Es ist auch nicht ersichtlich, daß schutzwürdige Belange des TV. verletzt würden, wenn der Erblasser für dieselben Rechtshandlungen zusätzlich und unabhängig vom TV. noch einen Bevollm. adT. ernennt. Wie der Erblasser neben dem TV. noch einen

---

1) Siehe oben S. 41 ff.

2) Da die Vollm. adT. grundsätzlich formlos möglich ist, ist auch die Begründung der Doppelzuständigkeit von TV. und Bevollm. adT. formlos möglich; anders die Begründung der Doppelzuständigkeit zwischen TV. und Erben, die gemäß § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB die Testamentsform erfordert.

weiteren TV. ernennen kann (§ 2224 Abs. 1 S. 1 BGB) und seine Zuständigkeit von der des ersten TV. unabhängig machen kann (§ 2224 Abs. 1 S. 2 BGB), so muß er auch in der Lage sein, neben dem TV. einen Bevollm. adT. zu ernennen. Zwischen beiden Möglichkeiten besteht nur der eine Unterschied, daß der zweite TV. im Rahmen seiner Zuständigkeit die Rechte des Erben beschränkt, während der Bevollm. adT. diese Machtstellung nicht innehat.

Das Nebeneinander von TV. und Bevollm. adT. ist daher im Schrifttum und Rechtsprechung mit Recht allgemein als zulässig anerkannt<sup>3)</sup>; ja TV. und Bevollm. adT. können sogar ein- und dieselbe Person sein<sup>4)</sup>.

2.) War die Vollm. adT. zuerst erklärt und hat der Erblasser nachträglich eine TV. angeordnet, so tritt die Frage auf, ob damit die Vollm. adT. gemäß § 2225 Abs. 1 BGB aufgehoben ist. Nach dieser Bestimmung wird durch die Errichtung eines Testaments ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht. Unter "früherem Testament" ist sinngemäß auch eine Vollm. adT. zu verstehen, wenn sie, ungeachtet ihrer lebzeitigen Form, nach ihrer wahren Natur eine nat. Verf. vTw. ist.

Jedoch besteht kein inhaltlicher Widerspruch zwischen der Anordnung einer TV. und der Vollm. adT. Es ist zwar für das Normalbild der TV. typisch, daß der TV. innerhalb seines Zuständigkeitsbereichs ausschließlich handlungsbefugt ist<sup>5)</sup>. Die Ausschließlichkeit der TV. -Zuständigkeit, wie sie das Gesetz für den Normalfall festlegt<sup>6)</sup>, gilt aber nur im Verhältnis zum Erben. Im Verhältnis zu anderen Ver-

3) Kisch, Zeitschr. f. Rechtspf. in Bayern, 1918 S. 3 Anm. 4; Meyer S. 44; Bauer-Mengelberg S. 64; Pieper S. 17/18; Lamberg S. 26; Hemmersbach S. 46; Haegele S. 10; Kleinschmidt S. 79/80; Eule S. 87; Hilderscheid DNotZ 1938/S. 482 ff. (491); Kromer HansRGZ 1921/S. 125 ff. (127); Müller-Freienfels S. 320 Anm. 96; Kipp-Coing § 73 II 5 b aE; Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 3 c Note 107 vor § 2197; KG KGJ 37/A 231 ff.; BGH NJW 1962/S. 1718 ff. (für die Generalvollm. üdT.).

A. M. lediglich Reinshagen (S. 30/31); Durch die Anordnung der TV. ruhe die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten bis zur Beendigung der TV.; danach lebe sie wieder auf, sofern sie nicht zwischenzeitlich aus anderen Gründen endgültig erloschen sei.

4) So BGH NJW 1962/S. 1718, 1719.

5) Von den oben S. 45 angeführten Sonderfällen, z. B. dem Antrag auf Konkurseröffnung, kann hier abgesehen werden.

6) Die Ausschließlichkeit ist kein Wesensmerkmal der TV., denn sie gilt nicht zwingend, der Erblasser kann hiervon abweichen (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB).

tern des Nachlasses ordnet das Gesetz keine Ausschließlichkeit der TV. an. Eine solche bedürfte einer gesetzlichen Festlegung. Man kann den Bevollm. adT. nicht so behandeln wie den Erben selbst. Der Bevollm. adT. ist zwar Vertreter des Erben insofern, als die Wirkungen seines Handelns dem Erben zugerechnet werden, aber er ist nach Ursprung und Ziel keine Mittelsperson des Erben, sondern eine solche des Erblassers, dessen postmortale Ziele er ohne und gegen den Erben verwirklichen soll. Dementsprechend bestimmen sich auch die Voraussetzungen seines Handelns nur aus der Person des Erblassers. Daraus folgt: Im Gegensatz zum Erben gilt für den Bevollm. adT. die Ausschließlichkeit der TV.-Befugnisse nicht. Dann aber steht die spätere TV. mit der früheren Vollm. adT. nicht in Widerspruch und hebt diese nicht auf<sup>7)</sup>. Der TV. erwirbt seine Rechtsstellung von vornherein mit der Maßgabe, daß bestimmte Rechtshandlungen hinsichtlich des Nachlasses auch von dem früher ernannten Bevollm. adT. wirksam vorgenommen werden können.

Weiter wäre daran zu denken, ob in der späteren Anordnung der TV. nicht ein bewußter Widerruf<sup>8)</sup> der früheren Vollm. adT. zu erblicken ist. Ein Widerruf wird meist mit der Begründung abgelehnt, daß es an dem notwendigen Zugang der Widerrufserklärung fehle (§§ 130 Abs. 1 Satz 1, 105 S. 3, 107 Abs. 1 BGB), da die in einem Testament enthaltene Willenserklärung unter Lebenden nicht empfangsfähig (zugangsfähig) sei<sup>9)</sup>, ebenso wenig wie die Bevollmächtigungserklärung im Testament die Vollm. adT. zur Entstehung bringen könne, ein Widerruf sei daher selbst dann nicht möglich, wenn der Erblasser ihn mit der Anordnung der TV. beabsichtigt habe<sup>10)</sup>.

Diese Behandlung der im Testament enthaltenen lebzeitigen Willenserklärung ist heute überwunden. Das Testament ist ein geeignetes Mittel, eine Willenserklärung abzugeben und ihren Zugang nach dem Tode des Erklärenden sicherzustellen<sup>11)</sup>. Nach richtiger Auffassung ist es eine Frage der Auslegung im Einzelfall, ob der Erblasser die Vollm. adT. widerruft, wenn er TV. anordnet. Grundsätzlich ist die Anordnung der TV. nicht als Widerruf der Vollm. adT. auszulegen<sup>12)</sup>, weil der

7) So auch Haegeler S. 10.

8) Dieser Fall ist von der Aufhebung nach § 2258 BGB zu unterscheiden. Die Aufhebung nach § 2258 BGB wegen inhaltlichen Widerspruchs der späteren Verfügung vTw. mit der früheren erfolgt ohne Rücksicht auf den Aufhebungswillen des Erblassers; BGH MDR 1953 Beilage S. 76 Nr. 727; Staudinger-Firsching § 2258 Anm. II 2 Note 9.

9) Neumann S. 72; Eule S. 86; Lamberg S. 25/26; Reinshagen S. 30; Meyer S. 43; Hemmersbach S. 46; Kromer HansRGZ 1921/S. 126, 127; KG KGJ 37/A S. 231.

10) So ausdrücklich Eule S. 86; KG KGJ 37/A S. 231.

11) Siehe oben S. 5 Anm. 10.

12) So offenbar auch Kleinschmidt S. 79/80; Eule S. 87; Neumann S. 74.

Inhalt der TV. der Vollm.adT. nicht widerspricht, beide nebeneinander bestehen können; der TV. kann daher nicht ohne weiteres der Sinn entnommen werden, daß der Erblasser eine Doppelzuständigkeit vermeiden und den TV. allein zur Mittelsperson für seinen Nachlaß machen wollte. Es bleibt dem Erblasser unbenommen, die Vollm.adT. durch eine ausdrückliche Erklärung in dem Testament, in dem er die TV. anordnet, oder später zu widerrufen, sagt er nichts über das Schicksal der Vollm.adT., dann muß man im Zweifel davon ausgehen, daß die Vollm.adT. weiterbesteht.

Teilweise wird auch erwogen, die Vollm.adT. analog § 23 KO erlöschen zu lassen. Doch wird diese Analogie zu Recht allgemein abgelehnt, da die Tatbestände zu verschieden sind<sup>13)</sup>.

3.) Wurde zuerst die TV. angeordnet und später eine Vollm.adT. erteilt, dann gilt nichts anderes. Keines der beiden Rechtsverhältnisse hindert das andere an seiner rechtswirksamen Entstehung. Es tritt jedoch die Frage auf, ob die ohne erbrechtliche Form erteilte Vollm.adT. die förmlich angeordnete TV. inhaltlich abzuändern vermag. Das ist zu bejahen. Es ist nicht notwendig, die TV. durch ein Nachtragstestament, in welchem die konkurrierende Zuständigkeit des Bevollm.adT. festgelegt wird, zu ergänzen. Die konkurrierende Zuständigkeit des Bevollm.adT., der unabhängig vom TV. dieselben Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses wie er vornehmen soll, ist keine Beschränkung der Rechtsstellung des TV., weil dem TV. im Verhältnis zum Bevollm.adT. als Mittelsperson des Erblassers kein Ausschließlichkeitsrecht zur Seite steht. Ein solches Ausschließlichkeitsrecht steht dem TV., wenn überhaupt, nur gegenüber dem Erben zu, und es ist daher folgerichtig, daß der Erblasser einen Testamentsnachtrag (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB) errichten muß, wenn er dem Erben nachträglich die Befugnis zu denselben Rechtshandlungen einräumen will, die dem TV. zustehen. Werden aber die Rechte des TV. nicht beschränkt, weil im Verhältnis zum Bevollm.adT. gar keine Rechte des TV. vorhanden sind, dann bedarf es auch nicht der für die Beschränkung der TV. nötigen Form eines Nachtragstamentes<sup>14)</sup>.

13) Eule S. 86; Meyer S. 43; KG KGJ 37/A S. 231 ff.

14) Eine Beschränkung der Rechte des TV. läge dagegen vor, wenn diejenigen Rechtshandlungen, für die nachträglich der Bevollm.adT. bestimmt wird, dem TV. nicht mehr zustehen sollen. Wird dem TV. auf diese Weise die Befugnis zu bestimmten Rechtshandlungen ganz entzogen, dann bedarf das einer Anordnung durch Testament (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB), die neben die Vollm.adT. treten muß. Der Text hat immer nur den Fall im Auge, daß durch die nachträgliche Vollm.adT. eine Doppelzuständigkeit von TV. und Bevollm.adT. hinsichtlich bestimmter Rechtshandlungen begründet werden soll.

## II.

Die zweite Frage lautet, ob TV. und Vollm. adT. unabhängig nebeneinander bestehen oder ob die TV. die Vollm. adT. beeinflußt. Genauer ausgedrückt: Unterliegt der Bevollm. adT. denjenigen Beschränkungen, welchen der Erbe selbst bei der TV. unterliegt? Bedarf er z.B. gemäß § 2211 BGB der Genehmigung des TV. zur Verfügung über Nachlaßgegenstände?

Eine Reihe von Autoren vertritt die Ansicht, daß der Bevollm. adT. den Erben vertrete und folglich nicht mehr Befugnisse haben könne als der Erbe selbst, daß er also durch den TV. ebenso in seiner Handlungsbefugnis beschränkt werde wie der Erbe<sup>15)</sup>. Die Meinung verkennt die Mehrschichtigkeit des Vertretungsbegriffes. Es ist zwar richtig, daß die vom Bevollm. adT. vorgenommenen Rechtsgeschäfte Fremdwirkung für und gegen den Erben erzeugen, d.h. in ihren Rechtsfolgen zu Rechtsgeschäften des Erben führen. Es kommt aber nicht auf die Fremdwirkung an, sondern auf den Ursprung jener Rechtsgeschäfte im Willen des Machtgebers. Der Bevollm. adT. ist eine Mittelsperson allein des Erblassers, dazu bestimmt, den Willen des Erblassers in der Zeit nach dessen Tode auszuführen. Mögen auch die Rechtsfolgen des Handelns des Bevollm. adT. dem Erben zurechenbar sein, die Voraussetzungen seines Handelns bestimmen sich ausschließlich nach der Person des Erblassers. Der Erblasser ist aber an die Beschränkungen der TV., die er selbst angeordnet hat, nicht gebunden.

Es kann daher nur die ebenfalls vertretene Meinung rechtens sein, daß Bevollm. adT. und TV. voneinander unabhängig sind<sup>16)</sup>, genauer: unabhängig sein können.

15) Breier S. 35 Anm. 13; Reinschage S. 31; Bauer-Mengelberg S. 64. Pieper S. 17/18 (für die gewöhnliche Vollmacht; für die Prozeßvollmacht und die Prokura vertritt Pieper die gegenteilige Meinung, daß sie durch die TV. nicht berührt würden). Jatz S. 42; Kleinschmidt S. 70 S. (mit der unbegründeten Ausnahme für Prokura und Prozeßvollmacht; Prokurist und Prozeßbevollmächtigter würden Vertreter des TV. und würden daher durch die TV. nicht berührt); Eule S. 88; Fischer-Henle Titze § 2208 Anm. 2.

16) Soergel-Siebert-Schultze-v. Lasaulx § 168 Anm. V 1 Note 25; Kipp-Coing § 70 Anm. 1; Müller-Freienfels S. 320 Anm. 96; Kromer HansRGZ 1921/S. 125 ff. (127); Haegel S. 32; Neumann S. 73/74; Kisch, Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern, 1918 S. 3 Anm. 4; Günther S. 35; Meyer S. 44; Lamberg S. 26 (allerdings mit unrichtigem Hinweis auf § 2208 BGB); Hemmersbach S. 46; KG KGJ 37/A S. 231 ff. = Recht 1909 Nr. 1451; BGH NJW 1962/1718 (für die Generalvollm. adT.). Endemann Band III 1. Hälfte § 30 S. 218 ff. will sogar dem Bevollm. adT. den Vorrang vor dem TV. einräumen, weil jener nicht über Nachlaßrechte verfüge, sondern über Rechte, die der Erblasser vom Nachlaß ausgesondert und seiner postmortalen Rechtsmacht vorbehalten habe.

Es hängt letztlich vom Willen des Erblassers ab, wie er die Befugnisse des Bevollm. adT. ausgestaltet, ob er sie dem TV. unterordnet oder ob er den Bevollm. adT. vom TV. unabhängig macht <sup>17)</sup>. Unabhängigkeit heißt: Der Bevollm. adT. braucht grundsätzlich, d. h. soweit der Erblasser nichts Gegenteiliges bestimmt hat, zu seinen Rechtshandlungen die Zustimmung des TV. nicht einzuholen und er ist außerdem nicht an die Grenzen gebunden, an die der TV. gebunden ist; z. B. kann der Bevollm. adT. trotz angeordneter TV. Schenkungen aus dem Nachlaß vornehmen <sup>18)</sup>. Nur diese Auffassung wird dem Wesen der Vollm. adT. als mat. Verf. vTw. gerecht. Ist der Bevollm. adT. ebenso wie der TV. eine Mittelsperson des Erblassers, dazu bestimmt, dem Erblasser postmortale Einwirkungen auf seinen Nachlaß zu ermöglichen, dann muß es allein dem Willen des Erblassers anheimgegeben sein, wie er die Befugnisse beider Mittelspersonen gegeneinander abgrenzt, wenn sie für dieselben Rechtshandlungen nebeneinander zuständig sein sollen. Er kann es so einrichten, daß beide völlig unabhängig voneinander sind, und das wird im Zweifel anzunehmen sein <sup>19)</sup>. Denn müßte der Bevollm. adT. für jede Rechtshandlung, für die der Erbe die Zustimmung des TV. braucht, auch seinerseits immer die Zustimmung des TV. einholen, so wäre die Vollm. adT. entwertet. Der Bevollm. adT. stünde nicht anders da als ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, der auch immer die Zustimmung des TV. einholen muß. Wenn man dem Erblasser schon gestattet, für dieselben Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses zwei verschiedene Mittelspersonen einzusetzen, dann muß man ihm auch gestatten, sie voneinander unabhängig zu machen.

---

17) Diese gebotene Abstimmung auf den Willen des Erblassers wird meist nicht vorgenommen, stattdessen eine unbedingte Unabhängigkeit des Bevollm. adT. vom TV. behauptet. Die Unabhängigkeit des Bevollm. adT. ist aber nur im Zweifel anzunehmen.

18) So ausdrücklich BGH NJW 1962/S. 1718, 1719.

19) Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 3 c Note 107; 4 c Note 111 vor § 2197 BGB lehrt umgekehrt, daß der Bevollm. adT. als Bevollmächtigter der Erben anzusehen sei und nur im Rahmen der Verfügungsmacht der Erben, die durch die TV. beschränkt sei, handeln könne. Das Verhältnis des Bevollm. adT. zum TV. sei jedoch anders zu beurteilen, wenn anzunehmen sei, daß nach dem Willen des Erblassers die Rechte des TV. durch die des Bevollmächtigten eingeschränkt sein sollten (§ 2208 Abs. 1 S. 1 BGB); das sei im allgemeinen anzunehmen, wenn die Vollmacht adT. nach der Anordnung der TV. oder gleichzeitig mit ihr erteilt werde.

## III.

Als letzte Frage ist zu klären, ob der TV. die Vollm.adT. widerrufen kann<sup>20)</sup> oder ob der Widerruf allein dem Erben vorbehalten ist.

Wenn der Bevollm.adT. grundsätzlich vom TV. unabhängig ist, dann kann der TV. die Vollm.adT. nicht widerrufen. Es wäre unverständlich, wenn der Bevollm.adT. wohl ohne den TV. rechtswirksam handeln könnte, der TV. aber das Handeln jederzeit durch Widerruf der Vollm.adT. durchführen könnte<sup>21)</sup>.

Ein Widerrufsrecht des TV. wird vielfach damit begründet, daß der Widerruf der Vollm.adT. eine Maßnahme zur Verwaltung des Nachlasses sei. Zu Verwaltungs-handlungen sei aber der TV. gemäß § 2205 S. 1 und 2 BGB befugt<sup>22)</sup>. Zwar stellt der Widerruf der Vollm.adT. mittelbar eine Verwaltungsmaßnahme dar, weil fortan die Rechtshandlungen, zu denen der Bevollm.adT. ermächtigt war, von ihm nicht mehr vorgenommen werden können und daher vielleicht ganz unterbleiben. Der Widerruf der Vollm.adT. wäre jedoch mehr als eine bloße Verwaltungsmaßnahme. Er wäre die Aufhebung einer vom Erblasser getroffenen nat. Verf.vTw. Der TV. würde, wenn er die Vollm.adT. widerruft, den Willen des Erblassers durchkreuzen, der sich den Bevollm.adT. zur Durchführung postmortaler Aufgaben ausgesucht hat. Dazu ist der TV. nicht befugt. Der Erbe allerdings kann den Willen des Erblassers durch Widerruf der Vollm.adT. vereiteln. Das ist ein einmaliger Ausnahmefall und beruht darauf, daß die Vollm.adT. eine atypische Verf.vTw. ist, die nur deswegen zulässig ist, weil sie infolge ihrer jederzeitigen Widerruflichkeit dem Willen des Erben anheimgegeben ist, für die Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens also keine Gewähr bietet. Die der Vollm.

20) So Staudinger-Coing § 168 Anm. II 2 a Note 4, Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 4 c Note 111 vor § 2197; Soergel-Siebert/Schultze-v.Lasaulx § 168 Anm. V Note 28; Palandt-Keidel Vorbem. VIII vor § 2197; Kipp-Coing § 70 Anm. 1, § 73 II 5 b a.E.; Eule S. 89/90; Lamberg S. 26; Meyer S. 46; Hilderscheid DNotZ 1938/S. 482 ff. (491) (der allerdings auch eine unwiderrufliche Vollm.adT. neben der TV. für zulässig hält); offenbar auch KG KGJ 37/A S. 231 ff.

21) Die Rechtslage ist hier anders als im Verhältnis Bevollm.adT. - Erbe. Dort hatte die Rechtsstellung des Erben den Vorrang vor dem Einwirkungsanspruch des Erblassers, weil der Erblasser durch eine atypische Verf.vTw. wie die Vollm.adT. die Rechtsstellung des Erben nicht beschränken kann, nur durch eine förmliche TV.

22) So Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 4 c Note 111 vor § 2197; Palandt-Keidel Vorbem. 8 vor § 2197; Meyer S. 46; Eule S. 89/90; Neumann S. 75.

adT. anhaftende Unsicherheit ist das Gegenstück zu ihrer Freiheit von erbrechtlicher Form. Diese Schwäche der Vollm.adT. gilt aber, wie gesagt, nur im Verhältnis zum Erben, nicht im Verhältnis zum TV.

Ein Widerrufsrecht des TV. ist demnach abzulehnen. Der Widerruf der Vollm.adT. steht allein dem Erben zu <sup>23)</sup>. Der Erblasser kann aber durch ausdrückliche, auch formlose Erklärung anordnen, daß der TV. zum Widerruf der Vollm. adT. befugt ist <sup>24)</sup>. Wenn der Erblasser durch ausdrückliche Erklärung die Rechtshandlungen des Bevollm.adT. dem TV. unterwerfen kann, so muß es ihm auch möglich sein, die Existenz der Vollm.adT. dem Willen des TV. anheimzustellen. Nur ist ein solcher Wille des Erblassers für den Regelfall nicht zu vermuten, sondern bedarf einer ausdrücklichen Erklärung.

---

23) Reinshagen S. 31; Bauer-Mengelberg S. 64; v. Tuhr Bd. II 2 § 85 S. 404; zweifelnd Haegele S. 10.

Nach Kromer HansRGZ 1921/S. 125 ff. (127) kann der Widerruf sowohl vom TV. als auch vom Erben erfolgen.

24) So auch Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 4 c Note 111 vor § 2197; Palandt Vorbem. 8 vor 2197.

§ 10  
Verhältnis zum Vormund  
und zum Vormundschaftsgericht

I.

Die erste Frage lautet, ob die Vollm. adT. wirksam entstehen kann, wenn der Erbe im Augenblick des Erbfalls geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig <sup>1)</sup> ist.

Die Frage ist zu bejahen <sup>2)</sup>. Die Vollm. adT. ist eine mat. Verf. vTw., ein Mittel des Erblassers, das ihm die postmortale Einwirkung auf sein Vermögen eröffnen soll. Die postmortale Einwirkung soll ohne oder gegen den Willen des Erben stattfinden <sup>3)</sup>. Ist das Ziel der Vollm. adT. aber gegen den Erben gerichtet, dann kann der rechtliche Zustand, in welchem sich der Erbe zur Zeit des Erbfalls oder danach befindet, nicht von Bedeutung sein.

Das Ergebnis folgt für die (verbundene) Vollm. adT. unmittelbar aus dem Gesetz. Nach §§ 672, 168 BGB erlischt eine Vollmacht im Zweifel weder dann, wenn der Machtgeber stirbt, noch dann, wenn er geschäftsunfähig wird. Kombiniert man beide Möglichkeiten, so ergibt sich, daß die Vollmacht auch dann nicht erlischt, wenn der Machtgeber stirbt und seine Erben geschäftsunfähig sind <sup>4)</sup>. Für die Vollm. adT. kann nichts anderes gelten.

Soweit ersichtlich, ist bis jetzt noch nicht erörtert worden, ob die Vollm. adT., die einen geschäftsunfähigen Erben trifft, nicht in Wahrheit auf die Anordnung einer Pflegschaft gemäß §§ 1638 Abs. 1, 1909 Abs. 1 S. 2 BGB hinausläuft, insbesondere dann, wenn der Erblasser bei der Erteilung der Vollmacht adT. den Zustand des Erben gekannt hat. Die Anordnung der Pflegschaft wie die Benennung des Pflegers bedürfen der Form einer letztwilligen Verfügung (§§ 1638 Abs. 1,

- 
- 1) Im Folgenden soll der Kürze halber nur von der Geschäftsunfähigkeit gesprochen werden.
  - 2) Die Frage wird im Schrifttum nicht erörtert. Das Schrifttum erörtert nur die Frage, ob der Bevollm. adT. die Genehmigung durch den Vormund und das Vormundschaftsgericht bedarf (darüber siehe Ziff. II und III).
  - 3) Ob dieses Ziel erreicht wird, hängt davon ab, ob der Erbe die Vollm. adT. widerruft oder nicht.
  - 4) Pieper S. 13 meint, daß die Geschäftsunfähigkeit der Erben der in der Person des Machtgebers nachtraglich eintretenden Geschäftsunfähigkeit gleichgestellt werden müsse.

1917 Abs. 1 BGB). Die Vollm. adT. bedeutet jedoch aus folgenden Gründen keine unzulässige Umgehung der Ergänzungspflegschaft:

Durch die Pflegschaft werden der Vormund bzw. die Eltern <sup>5)</sup> von allen den Nachlaß betreffenden Rechtshandlungen ausgeschlossen, soweit die Vertretungsmacht des Pflegers reicht (§§ 1630 Abs. 1, 1794 BGB) <sup>6)</sup>. Obwohl der Vormund umfassender gesetzlicher Vertreter des geschäftsunfähigen Erben ist, kann er den Erben bei den Rechtshandlungen, für die der Erblasser einen Pfleger bestellt hat, nicht vertreten; er kann also etwas nicht tun, was er auf Grund seiner Rechtsstellung an sich tun können müßte. Umgekehrt muß der Vormund die vom Pfleger vorgenommenen Rechtshandlungen für und gegen das Mündelvermögen hinnehmen wie der Erbe selbst. Der Vormund kann die Vornahme der Pflegergeschäfte mit ihrer Fremdwirkung für und gegen das Mündelvermögen weder verhindern noch ihre Folgen nachträglich beseitigen. Er ist an die Pflegschaft gebunden, kann diese nicht aus eigenem Willen beseitigen. Es liegt also ähnlich wie bei der TV.: Der Vormund erleidet in seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter eine Rechtsbeschränkung <sup>7)</sup>. Wie der Erbe in seinen materiellen Rechten beeinträchtigt wird, so wird der Vormund in seinem Vertretungsrecht beeinträchtigt.

- 
- 5) Der Kürze halber soll im Folgenden nur vom Vormund gesprochen werden.
- 6) Die Pflegschaft kann ähnlich wie die TV. auf einzelne Gegenstände des Nachlasses beschränkt sein. Sie kann auch inhaltlich beschränkt sein, indem dem Vormund nur bestimmte Rechtshandlungen (Vertretungshandlungen) hinsichtlich des Nachlasses entzogen sind.
- 7) Das Verhältnis Bevollm. adT. - Vormund ist anders zu beurteilen als das Verhältnis Bevollm. adT. - TV. Der TV. ist vom Erblasser eingesetzt und kann daher gegenüber anderen Personen, die ebenfalls vom Erblasser zur Verwirklichung seiner letztwilligen Ziele eingesetzt sind, keinen Anspruch auf ausschließliche Zuständigkeit haben (s. o. § 9). TV. und Bevollm. adT. leiten beide ihre Rechtsstellung vom Erblasser ab. Dagegen ist der Vormund vom Staat eingesetzt, das Recht der Eltern folgt unmittelbar aus dem Gesetz. Der Erblasser kann daher nicht das Recht haben, die Rechtsstellung des Vormunds oder der Eltern zu beschränken, sei es auch nur hinsichtlich des Nachlasses; der Erblasser kann über die materielle Rechtslage des Nachlasses bestimmen, hat aber keine Rechtsmacht über die Vertreterstellung des Vormunds. Umgekehrt läßt sich sagen, daß der Vormund gegenüber dem Erblasser ein Recht auf ausschließliche Vertretung des Mündels in Nachlaßangelegenheiten hat, welches der Erblasser nur durch förmliche Verfügung vTw., sei es durch TV. oder durch Pflegschaft, aufheben kann, wobei die Pflegschaft unmittelbar die Vertretungsrechte des Vormunds beschränkt, die TV. nur mittelbar, weil die TV. die Rechte des Erben beschränkt (§ 2211 ff. BGB) und der Vorm. nur so viele Rechte haben kann wie der von ihm vertretene Mündel.

Die Vollm. adT. hat mit der TV. viel gemein, daß sie die diese Fremdwirkung für und gegen den Nachlass erzeugt. Sie bedeutet aber für den Vormund keine Einschränkung seines Vermögens. Der Vormund kann nur, wie vor selbst alle Handlungen für den Nachlass ohne Einhalt vornehmen. Er braucht, was letztlich entscheidend ist, nicht zu dulden, daß sich die in der Vollm. adT. liegende Fremdwirkungsmöglichkeit für und gegen den Nachlass vollzieht. Er kann den Eintritt der Fremdwirkung jederzeit verhindern, indem er namens des Mündels (Erben) die Vollm. adT. widerruft.

Ähnlich wie bei der TV. ist auch hier nicht die Fremdwirkung, in der Pflegschaft und Vollm. adT. übereinstimmen, sondern die Rechtsbeschränkung des Vormunds, die nur der Pflegschaft eigentümlich ist, das entscheidende Merkmal für die Abgrenzung beider Rechtsverhältnisse. Auch das ergibt sich wie bei der TV. aus dem Sinn und Zweck der mat. Verf. vTw., dem Erblasser eine Garantie für die Durchsetzbarkeit seines letzten Willens nach seinem Tode zu geben. Die Garantie, daß der Vormund von der Verwaltung des Nachlasses ausgeschlossen ist, hat der Erblasser nur, wenn er eine Pflegschaft anordnet. Mit Recht findet daher der Gesetz für die Pflegschaftsanordnung die Form der letztwilligen Verfügung. Mit der Vollm. adT. kann sich der Erblasser diese Garantie nicht verschaffen; hier hängt es vom Willen des Vormunds ab, wie lange er den Bevollm. adT. neben sich dulden will. Die Vollm. adT. maßt sich also nicht die Funktion einer förmlichen Verfügung vTw. an. Sie ist formlos möglich, dafür aber von schwächerer Wirkung, weil sie dem Erblasser nicht die Durchsetzbarkeit des mit der Vollm. adT. erteilten erstrebten Zweckes garantiert.

Die Vollm. adT. ist nach alledem keine unzulässige Konkurrenz zur Pflegschaft.

## II.

Die zweite Frage lautet, ob der Bevollm. adT. vom Vormund unabhängig ist oder ob er von ihm in der Weise abhängig ist, daß er in jeder Rechts-handlung bezüglich des Nachlasses der Zustimmung des Vormunds bedarf.

Die Antwort lautet, daß der Bevollm. adT. vom Vormund unabhängig ist<sup>8)</sup>. Die

8) Kisch, Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1918 S. 2, der zutreffend ausführt, daß es mit der im Gesetz angeordneten Fortdauer der Vollm. (üdT.) nicht zu vereinbaren wäre, wenn man eine Wiederholung der Bevollmächtigung durch den Vormund oder, falls der Bevollmächtigte bereits gehandelt habe, eine Genehmigung durch den Vormund gemäß § 177 BGB verlangen wollte; Boehmer, RG-Festschrift S. 272; Pieper S. 13; Meyer S. 39 ff.; Hemmersbach S. 48/49;

a. M. Süßer, Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern, 1917 S. 354.

Vollm. adT. ist eine mat. Verf. vTw.; sie ist gegen den Erben gerichtet und verfolgt den Zweck, dem Willen des Erblassers in der Zeit nach seinem Tode eine Einwirkung auf den Nachlaß zu ermöglichen. Wenn das gegenüber dem Erben möglich ist (vorbehaltlich eines Widerrufs), dann muß es auch gegenüber dem Vormund möglich sein; denn der Vormund ist als gesetzlicher Vertreter des Erben genauso wie dieser selbst zu behandeln.

Wollte man für jede Rechtshandlung des Bevollm. adT. die Zustimmung des Vormunds verlangen, dann wäre die Vollm. adT. entwertet. Der Bevollm. adT. wäre dann nicht mehr eine Mittelsperson des Erblassers, sondern ein Bevollmächtigter des Vormunds und damit etwas wesentlich anderes. Allerdings kann der Erblasser durch ausdrückliche Erklärung bestimmen, daß der Bevollm. adT. bei Rechtsgeschäften der jedesmaligen Zustimmung des Vormunds unterliegen soll.

### III.

Die dritte und im Schrifttum am meisten behandelte Frage lautet, ob der Bevollm. adT. für diejenigen Rechtsgeschäfte, zu denen der Vormund der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf (§§ 1812 Abs. 3, 1821, 1822 BGB), ebenfalls die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen muß.

Die Vollm. adT. entsteht durch einen Willensakt des Erblassers, andererseits entfaltet sie ihre Wirkungen im Rechtskreis des Erben. Diese Aufspaltung der Vollm. adT. nach Tatbestand, der vom Erblasser stammt, und Rechtsfolge, die den Erben trifft, ist ein eigentümlicher Wesenszug der Vollm. adT., der ihre Grenzstellung zwischen den Rechtsgeschäften unter Lebenden und den Verf. vTw. bestimmt. Entsprechend dieser Aufspaltung bieten sich für die Rechtsstellung des Bevollm. adT. gegenüber dem Vormundschaftsgericht zwei Lösungen an:

a) Man kann auf die Rechtsfolgeseite und damit auf die Person des Erben abstellen. Der Bevollm. adT. könnte nicht mehr Rechte haben als der Erbe, den er vertritt. Ist der Erbe geschäftsunfähig, so müßte auch der Bevollm. adT. allen Beschränkungen unterworfen sein, die sich aus der Geschäftsunfähigkeit des Erben ergeben, insbesondere der Genehmigungspflicht durch das Vormundschaftsgericht. Diese Folgerung ist in Schrifttum und Rechtsprechung in der Tat öfters gezogen worden<sup>9)</sup>.

9) So z.B. Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. E XI 5 b Note 225; Süßer, Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1917 S. 354; Pieper S. 13/14; Jutz S. 34 ff. (mit Ausnahme der Prokura, S. 49 ff.); die frühere Rechtsprechung des Kammergerichts (OLG 24/88; 25/381; KGJ 41/162 ff.; später hat das Kammergericht seine Meinung geändert, s.u. Fußnote 13).

b) Oder man stellt auf den Ursprung der Vollm.adT. und damit auf die Person des Erblassers ab. Da der Erblasser voll geschäftsfähig war, besteht kein Anlaß, den Bevollm.adT. der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht zu unterwerfen.

Die zweite Lösung ist richtig. Es kommt allein darauf an, daß die Vollm.adT. ihrem Wesen nach eine *mat. Verf. vTw.* ist, ihr Ziel darin besteht, dem Erblasser eine Einwirkung auf sein Vermögen in der Zeit nach seinem Tode zu eröffnen. Daraus ergibt sich, daß allein auf die Person des Erblassers abzustellen ist. Wenn die Vollm.adT. bestimmt und geeignet ist, eine postmortale Einwirkung des Erblassers auf den Nachlaß gegen den Erben zu verwirklichen<sup>10)</sup>, dann muß es gleichgültig sein, in welchem Zustande sich der Erbe befindet, welchen Beschränkungen er unterliegt, wenn er (der Erbe) selbst eine Einwirkung auf den Nachlaß vornehmen will. Kann sich der Erblasserwille nach dem Tode des Erblassers im Bereiche des Nachlasses verwirklichen, dann muß er sich ebenso gut gegen den geschäftsfähigen wie gegen den geschäftsunfähigen Erben verwirklichen können. Die Person des Erben hat also auszuschneiden. Wollte man das Vormundschaftsgericht einschalten, so müßte dieses berücksichtigen, daß die Vollm.adT. den Willen des Erblassers verwirklichen soll; es dürfte also nicht wie sonst das Rechtsgeschäft darauf prüfen, ob es dem Interesse des Mündels dient, sondern allein, ob es dem Willen des Erblassers entspricht. Damit würde dem Vormundschaftsgericht eine wesensfremde Aufgabe aufgebürdet.

Daß es bei der Entscheidung allein auf die Person des Erblassers ankommt, wird auch durch einen Vergleich mit der TV. bewiesen<sup>11)</sup>. Bei ihr ist unbestreitbar, daß der TV. den Willen des Erblassers ausführt (§ 2216 Abs. 2 BGB!) und daß er folglich bei seinem Handeln an die Person des Erben nicht gebunden ist. Demgemäß ist unbestritten, daß der TV. bei seinem Handeln auch nicht an die Zustimmung des Vormunds des Erben und nicht an die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist<sup>12)</sup>. Wenn man die Vollm.adT. als *mat. Verf. vTw.* zuläßt, dann muß auch sie frei vom Vormund und vom Vormundschaftsgericht sein; die

---

10) Vorausgesetzt, daß der Erbe bzw. sein Vormund die Vollm.adT. nicht widerruft. Solange der Erbe die Vollm.adT. nicht widerrufen hat, bleibt es dabei, daß der Wille des Erblassers den gegenteiligen, aber nicht geäußerten Willen des Erben überwindet.

11) So z.B. Enneccerus-Nipperdey § 186 V 3 Anm. 23; RGZ 106/185; anderer Meinung KG OLG 24/88, 25/381.

12) Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. VII 2 Note 46; BGB-RGRK § 2205 Anm. 18; Erman-Hense § 2205 Anm. 3; Soergel-Siebert/Ehard-Eder § 2205 Anm. 2 a Note 4; v. Tuhr Bd. II 2 § 86 S. 429/430 Anm. 96; RGZ 61/144.

Vollm.adT. ist nichts anderes als eine Art TV. schwächeren Grades. Bei der TV. wird dieses richtige Ergebnis nicht durch konstruktive Erwägungen verdunkelt; denn da der TV. allgemein nicht als Vertreter des Erben, sondern als Partei kraft Amtes angesehen wird, kann man nicht auf den Gedanken kommen, ihm nur so viel Macht einzuräumen wie der vertretene Erbe selbst hat. Bei der Vollm.adT. ist ein Fall der Stellvertretung gegeben (§ 164 ff. BGB), die Ergebnisse des Handelns werden dem Erben zugerechnet. Das darf aber nicht hindern, die Vollm.adT. als Werkzeug des Erblassers zur Durchsetzung seiner postmortalen Ziele zu verstehen, so daß der Bevollm.adT. in seinen Voraussetzungen nicht von der Person des Erben abhängt.

Ergebnis: Der Bevollm.adT. braucht niemals die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen<sup>13)</sup>. Er kann auch Rechtsgeschäfte vornehmen, die der Vormund überhaupt nicht vornehmen kann, z. B. Schenkungen (§ 1804 BGB). Der Gedanke vom Schutz des Geschäftsunfähigen, den manche Autoren heranziehen wollen, um die Rechtshandlungen des Bevollm.adT. der Genehmigungspflicht zu unterwerfen, ist unrichtig, weil der Nachlaß in erster Linie noch vom Erblasser - durch mat. Verf.vTw. - bestimmt wird. Der Erbe hingegen muß das Vermögen so hinnehmen, wie er es vom Erblasser empfängt; er hat überhaupt keinen Anspruch auf einen bestimmten Wert oder einen bestimmten Umfang des Nachlasses. Das Interesse des Erben an der Erhaltung des Nachlasses ist weniger schutzwürdig als das Interesse des Erblassers an der postmortalen Einwirkung auf sein früheres Vermögen<sup>14)</sup>.

---

13) Staudinger-Coing § 168 Anm. II 2 a Note 4; Staudinger-Dittmann Vorbem. XXVI 3 b Note 106 vor § 2197; Palandt-Danckelmann § 168 Anm. 1; Boehmer, RG-Festschrift S. 272; Endemann III 1 § 30 V c 3 S. 222; Enneccerus-Nipperdey § 186 V 3 Anm. 23; v. Tuhr Bd. II 2 § 86 S. 429/430 Anm. 96; Brand-Schnitzler § 137 S. 426; Fischer S. 78/79; Kisch, Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1918 S. 2; Meyer S. 39 ff.; Lamberg S. 20-22; Hemmersbach S. 48/49; Kromer, Bankarchiv 1920/21 S. 354 ff. (356); Kleinschmidt S. 85/86; Eule S. 98/99; BGB-RGRK § 168 Anm. 6; RGZ 88/345 ff.; RGZ 106/185 = RG JW 1923/S. 833 (mit zust. Anm. von Blume); KG Recht 1917 (Bd. 21) Nr. 1790; KG KGJ 50/156 ff.

14) Umgekehrt ist die Tatsache, daß der Bevollm.adT. nicht auf die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts angewiesen ist, ein Gesichtspunkt, der die praktische Brauchbarkeit der Vollm.adT. erhärtet; siehe oben § 7. Der Erblasser kann mit Hilfe der Vollm.adT. die vorm. Genehmigung vermeiden, ohne gleich zu dem schweren Eingriff einer TV. greifen zu müssen, den er seinem Erben vielleicht nicht zumuten will.

## Verhältnis zum Nachlaßpfleger

Auch hier tritt wieder die Frage auf, ob

a) die Vollm. adT. neben der Nachlaßpflegschaft wirksam bestehen kann und

b) ob der Bevollm. adT. unabhängig vom Nachlaßpfleger handeln kann.

Beide Fragen sind zu bejahen<sup>1)</sup>, und zwar aus denselben Gründen, die schon bei der Erörterung des Vormundschaftsrechts herangezogen wurden:

Der Nachlaßpfleger ist ein Vertreter des (endgültigen) Erben<sup>2)</sup>, nicht nur in dem Sinne, daß er mit Wirkung für und gegen den Erben handelt (Fremdwirkung), sondern auch insofern, als er die Aufgabe hat, die Interessen des Erben wahrzunehmen und den mutmaßlichen Willen des Erben hinsichtlich des Nachlasses zu verwirklichen. Der Nachlaßpfleger ist eine Mittelsperson des Erben. Als Vertreter des Erben kann der Nachlaßpfleger aber keine stärkere Rechtsstellung haben als der Erbe selbst. Kann der Erblasser mit Hilfe der Vollm. adT. für die Zeit nach seinem Tode auf den Nachlaß einwirken (unbeschadet des Widerrufsrechts des Erben) und ist seine postmortale Einwirkung gegenüber dem Erben wirksam, dann muß sie auch wirksam sein, wenn der Erbe durch einen Nachlaßpfleger vertreten wird. Erbe und Nachlaßpfleger stehen auf derselben Seite des Nachlasses; was der Erbe gegen sich gelten lassen muß, muß auch der Nachlaßpfleger gelten lassen.

Vollm. adT. und Nachlaßpflegschaft haben ein verschiedenes Ziel. Die Vollm. adT. dient der Verwirklichung des Erblasserwillens. Die Nachlaßpflegschaft stellt einen Akt der Fürsorge für den Erben dar, seine Interessen am Nachlaß sollen gewahrt werden. Dagegen hat die Nachlaßpflegschaft nicht das Ziel, den Willen des Erblassers zur postmortalen Einwirkung auf den Nachlaß auszuschalten<sup>3)</sup>. Aus diesem Grunde besteht kein Anlaß, die Vollm. adT. einzuschränken oder für unwirksam zu erklären, wenn für den Erben ein Nachlaßpfleger bestellt ist<sup>4)</sup>.

- 1) Eule S. 83; Pieper S. 18; Neumann S. 76; Reinshagen S. 30; Meyer S. 42; a. M. Hemmersbach S. 50 (nach ihm verstößt es gegen den Zweck der Nachlaßpflegschaft, wenn daneben ein Bevollm. adT. handelt).
- 2) Staudinger-Lehmann § 1960 Anm. IV 3 Note 46; BGB-RGRK § 1960 Anm. 20; Soergel-Siebert/Ehard-Eder § 1960 Anm. 7 a Note 12; Erman-Bartholomeyczik § 1960 Anm. 8 a; Kipp-Coing § 125 I, III 1; Lange § 40 IV 4b.
- 3) Dieses Ziel verfolgen Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs.
- 4) Das Nachlaßgericht darf von der Ernennung eines Nachlaßpflegers nicht deswegen absehen, weil ein Bevollm. adT. vorhanden ist (so zu Unrecht Reinshagen S. 30, Eule S. 83); denn dieser verfolgt als Mittelsperson des Erblassers andere Ziele als der Erbe. Um die Rechte des Erben zu wahren,

Zu demselben Ergebnis muß man auch gelangen, wenn man die Voraussetzungen für das Handeln des Bevollm. adT. unrichtigerweise der Person des Erben entnimmt und daraus folgert, daß der Bevollm. adT. nicht mehr Rechte haben könne als der Erbe. Die Nachlaßpflegschaft berührt die Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit des (endgültigen) Erben nicht <sup>5)</sup>. Bleibt also für ein eigenes Handeln des Erben neben dem Nachlaßpfleger Raum, so muß auch für den Bevollm. adT. als (angeblichen) Vertreter des Erben Raum bleiben. Der Nachlaßpfleger hat das Recht, namens des Erben die Vollm. adT. zu widerrufen <sup>6)</sup>, wenn der Widerruf einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses entspricht. Das wird in der Regel der Fall sein.

---

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 126:

muß das Nachlaßgericht einen Nachlaßpfleger einsetzen. Wegen des Interessengegensatzes wird es nicht angängig sein, daß das Nachlaßgericht den Bevollm. adT. zum Nachlaßpfleger ernennt (so aber Eule S. 83).

- 5) Staudinger-Lehmann § 1960 Anm. IV 4 d Note 54; BGB-RGRK § 1960 Anm. 29; Erman-Bartholomeyczik § 1960 Anm. 8 a; Lange § 40 IV 4 f.
- 6) Eule S. 83; Meyer S. 42; Reinshagen S. 30; Pieper S. 18; Breier S. 35; Neumann S. 76; Asch § 60 II S. 251.

## § 12

Verhältnis zum Nachlaßverwalter  
und Nachlaßkonkursverwalter

Wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, dann erlischt gemäß § 23 Abs. 1 KO ein Auftrag, den der Erbe zur Verwaltung des Nachlasses erteilt hat, und gemäß § 168 S. 1 BGB folglich auch die vom Erben zur Durchführung des Auftrags erteilte Vollmacht<sup>1)</sup>. Fraglich könnte erscheinen, ob auch der vom Erblasser erteilte Auftrag adT. und die von ihm erteilte Vollm. adT. mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses erlöschen oder wenigstens während des Konkursverfahrens ruhen, obwohl der Erblasser für die Zeit nach dem Erbfall nicht als Gesamtschuldner (§ 23 Abs. 1 KO) anzusehen ist<sup>2)</sup>.

Diese Frage ist zu bejahen<sup>3)</sup>. Das Verhältnis des Bevollm. adT. zum Nachlaßkonkursverwalter ist anders zu bewerten als a) das Verhältnis des Bevollm. adT. zum TV. und anders als b) das Verhältnis des Bevollm. adT. zum Vormund des Erben und zum Nachlaßpfleger. Beim Verhältnis Bevollm. adT. - TV. handelte es sich darum, zwei Mittelpersonen des Erblassers gegeneinander abzugrenzen, welche beide dem Willen des Erblassers ihre rechtliche Existenz verdanken und welche beide der postmortalen Verwirklichung des Erblasserwillens dienen. Waren beide Mittelpersonen in Ursprung und Ziel einander gleichwertig, so konnte diese Abgrenzung nur so vorgenommen werden, daß beide grundsätzlich voneinander unabhängig sind.

Vormund und Nachlaßpfleger waren Vertreter des Erben. Hier war auf den Gegensatz Erblasser - Erbe abzustellen und zu folgen; wenn der Erblasser mit Hilfe der

- 
- 1) Dasselbe muß auch für die isolierte Vollmacht gelten; vgl. Staudinger-Coing § 168 Anm. III 3 Note 11 b (§ 23 KO analog); Soergel-Siebert/Schultze-v. Lasaulx § 168 Anm. III Note 16; Erman/Böhle-Stamschräder § 168 Anm. 5; Eule S. 84; Kleinschmidt S. 82; a. M. Jäger-Lent § 23 Anm. A II 1 Note 9, der kein (endgültiges) Erlöschen, sondern ein Ruhen annimmt; der Bevollmächtigte ist, solange der Konkurs besteht, von rechtswirksamen Handlungen in demselben Umfang ausgeschlossen wie der Erbe; nach Beendigung des Konkurses lebt die Vollmacht wieder auf; ebenso Hupka S. 387 ff.; Lamberg S. 28; Herbst S. 33/34; Böttcher S. 62; Gawlik S. 36.
  - 2) Jäger § 214 Anm. III Note 7, Anm. III 3 Note 9; Mentzel-Kuhn § 214 Anm. 6, 7; Böhle-Stamschräder § 214 Anm. 3.
  - 3) Jäger-Lent-Weber § 23 Anm. A I 2 Note 3 a; Eule S. 84; Kleinschmidt S. 81 ff.; Pieper S. 15; Lamberg S. 27; Hemmersbach S. 51; Kisch, Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1918 S. 3.

Vollm. adT. in der Lage ist, unabhängig vom Erben auf den Nachlaß einzuwirken (unbeschadet des Widerrufsrechts!), dann muß er in seinen postmortalen Einwirkungen auch vom Vormund und vom Vormundschaftsgericht sowie vom Nachlaßpfleger unabhängig sein; denn diese Personen stehen auf der Seite des Erben und können nicht mehr Rechte gegenüber dem Erblasser haben als der Erbe selbst.

Bei Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs ist die Lage anders. Hier spielt eine dritte Personengruppe hinein: die Nachlaßgläubiger, repräsentiert durch Nachlaßverwalter und Nachlaßkonkursverwalter. Der Erblasser kann unabhängig vom Erben und dessen Mittelpersonen auf den Nachlaß einwirken, dagegen vermag er sich nicht gegenüber den Nachlaßgläubigern durchzusetzen. Dieser Unterschied ist verständlich; denn die Erben verdanken ihre Rechtsstellung als Erben allein dem Erblasser, sie können nicht benachteiligt sein, wenn der Erblasser postmortale Einwirkungen vornimmt. Die Nachlaßgläubiger haben dagegen etwas vom Nachlaß zu fordern und brauchen sich nicht gefallen zu lassen, daß der Nachlaß durch die Handlungen des Bevollm. adT. geschmälert wird.

Die Schlußfolgerung lautet jetzt so: Wenn der Erbe als gegenwärtiger Rechtsinhaber des Nachlasses nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Nachlaßkonkursgläubigern handeln kann (§ 7 ff. KO), dann kann auch der Erblasser als früherer Rechtsinhaber des Nachlasses nicht mehr zu Lasten der Nachlaßkonkursgläubiger auf den Nachlaß einwirken. Alle Verwaltungs- und Verfügungsmacht steht dem Konkursverwalter zu (§ 6 Abs. 2 KO); jegliche Einwirkung des Eigentümers, sei es des jetzigen oder des früheren, ist damit ausgeschlossen. Dem Erblasserwillen wird vom Objekt her eine Grenze gezogen, die er auch durch eine mat. Verf. vTw. wie die Vollm. adT. nicht überwinden kann. Soweit also der Erbe von der Einwirkung auf den Nachlaß ausgeschlossen ist, ist in demselben Umfang auch der Erblasser ausgeschlossen.

Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung wird durch einen Hinweis auf die TV. erhärtet. Wenn auch die TV. durch Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung nicht aufgehoben wird, so sind die Befugnisse der TV. gegenüber dem Konkursverwalter doch ebenso eingeschränkt wie die des Erben auch<sup>4)</sup>. Was für den TV. gilt, muß umso mehr für den Bevollm. adT. gelten.

---

4) Staudinger-Lehmann § 1975 Anm. II 4 Note 8; Staudinger-Dittmann Vorbem. VI 2 a Note 21 vor § 2197, Vorbem. VI 3 Note 22 vor § 2197; BGB-RGRK Vorbem. 8 vor § 2197; Planck-Flad Bem. 5 c, d vor § 2197; Strohal II S. 286, 297; Lamberg S. 26/27; RG LZ 1919/S. 875; KG OLG 18/316. Nach Beendigung von Nachlaßkonkurs oder Nachlaßverwaltung lebt das Verwaltungsrecht des TV. wieder auf; vgl. Staudinger-Dittmann aaO., BGB-RGRK aaO.

Ob man so weit gehen soll, der (s. 1. Teil) Vollm. adT. erhöhen zu lassen, oder sich mit einem Ruhen der Vollm. adT. begnügt, kann dahingestellt bleiben. Diese Frage ist ohne praktische Bedeutung, denn nach Beendigung des Nachlaßkonkurses wird meist kein Nachlaßvermögen mehr vorhanden sein, auf das mit Hilfe der Vollm. adT. eingewirkt werden könnte.

Was für den Nachlaßkonkurs gesagt wurde, gilt entsprechend auch für die Nachlaßverwaltung, obwohl das Gesetz keine dem § 23 Abs. 1 KO entsprechende Vorschrift enthält. Die Nachlaßverwaltung beträgt wie der Nachlaßkonkurs eine Versteißandigung des Nachlasses (§ 1 76 BGB). Der Nachlaßverwalter ist allein zur Einwirkung auf den Nachlaß berechtigt und befähigt (§ 184 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 7, 8 KO). Ist die Nachlaßverwaltung in ihrer Grundstruktur dem Nachlaßkonkurs ähnlich, gewissermaßen eine leichtere Form des Nachlaßkonkurses oder dessen Vorstufe (§ 188 Abs. 1 BGB), so bestehen keine Bedenken dagegen, etwaige Lücken aus den Vorschriften über den Nachlaßkonkurs zu ergänzen. Auch § 23 Abs. 1 KO kann demgemäß für die Nachlaßverwaltung herangezogen werden<sup>5)</sup>.

5) So Eule S. 84; Kleinschmidt S. 82/83; Lamberg S. 26; Neumann S. 78; Breier S. 35 Anm. 13; Pieper S. 15; Reinshagen S. 31; KG KGJ 18/239; OLG Hamburg OLG 10/196 ff.

## 4. KAPITEL

### UMFANG DER VOLLMACHT AUF DEN TODESFALL

#### § 13

#### Beschränkung auf den Nachlaß

1.) Die Vollmacht adT. ist eine mat. Verf. vTw. Damit ist der Umfang der Vollm. adT. von vornherein begrenzt. Die Vollm. adT. kann sich nur auf den Nachlaß des Erblassers beziehen. Der Erblasser kann den Bevollm. adT. nur dazu ermächtigen, Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses<sup>1)</sup> vorzunehmen, nicht auch dazu, Rechtshandlungen bezüglich des Eigenvermögens des Erben vorzunehmen; letzteres wäre ein unzulässiger Eingriff in den Rechtskreis des Erben, der - anders als oben § 6 - nicht durch die Erwägung gerechtfertigt werden könnte, daß die Vollm. adT. eine mat. Verf. vTw. sei.

Die Vollm. adT. kann also nur folgenden Inhalt haben:

- a) über Gegenstände des Nachlasses zu verfügen,
- b) obligatorische Rechtsgeschäfte hinsichtlich des Nachlasses abzuschließen, die mit der Verwaltung des Nachlasses zusammenhängen oder eine unentgeltliche Verteilung des Nachlasses bezwecken,
- c) Rechte des Nachlasses verfahrensrechtlich geltend zu machen und gegen den Nachlaß gerichtete Ansprüche verfahrensrechtlich abzuwehren.

2.) Hat der Bevollm. adT. innerhalb seiner Vertretungsmacht Rechtsgeschäfte, insbesondere Verpflichtungsgeschäfte, abgeschlossen, dann ergreifen die Rechtsfolgen dieser Geschäfte nicht nur den Nachlaß, sondern auch das Eigenvermögen des Erben. Hat der Bevollm. adT. z.B. eine zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Sache gekauft, dann haftet für den Kaufpreis nicht nur der Nachlaß, sondern auch der Erbe mit seinem Eigenvermögen. Die vom Bevollm. adT. innerhalb seiner Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte stellen sog. Nachlaßverbindlichkeiten dar. Der Erbe haftet für sie mit seinem Eigenvermögen, kann aber die Haftung durch die üblichen Haftungsbeschränkungsmittel

---

1) Und zwar beliebig viele; insbesondere ist auch eine Generalvollm. adT. zulässig.

(Nachlaßkonkurs, Nachlaßverwaltung, Dürftigkeitseinrede, auf den Nachlaß beschränken<sup>2) 3)</sup>).

Dieses Ergebnis folgt daraus, daß die Vollm.adT. eine mat.Verf.vTw. ist. Sie muß, wenn man sie zuläßt, die gleichen weitreichenden Wirkungen haben, wie die förmlichen, im Gesetz geregelten Verfügungen vTw. (abgesehen von der schwächeren Bindung des Erben). Die mat.Verf.vTw. erzeugen aber durchwegs Nachlaßverbindlichkeiten, somit eine Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen, wenn auch eine beschränkbare Haftung; nicht gelten die mat.Verf.vTw. so weit, eine unbeschränkbare Haftung des Eigenvermögens des Erben zu begründen. Was die Haftung anbelangt, haben die Vollm.adT. und ihr gesetzliches Vorbild, die TV., die gleichen Wirkungen. Auch die Handlungen des TV. erzeugen Nachlaßverbindlichkeiten<sup>4)</sup>, also eine beschränkbare Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen, nicht weniger und nicht mehr. Die Vollm.adT. ist ein schwächeres Abbild der TV., von der sie sich nur dadurch unterscheidet, daß der Erbe das Entstehen einer Nachlaßverbindlichkeit durch Widerruf verhindern kann.

Die Nachlaßgläubiger stehen schlechter da, wenn ein Bevollm.adT. gehandelt hat, als wenn der Erbe selbst gehandelt hat: denn in letzterem Falle würde eine Nachlaß-Erben-Verbindlichkeit entstehen, für die der Erbe voll haften würde, ohne die Haftung auf den Nachlaß beschränken zu können<sup>5)</sup>. Auch hier zeigt

- 2) Freytag S. 13; Reinshagen S. 32; Kleinschmidt S. 89/90; Eule S. 104; Fischer S. 75; Bauer-Mengelberg S. 24; v. Tuhr Bd. II 2 § 85 Anm. 158. Dagegen scheint Oertmann Bankarchiv 1913/14 S. 5 keine Haftung des Eigenvermögens des Erben, auch keine beschränkbare, gelten zu lassen; ebenso Enneccerus-Nipperdey § 186 V 3.
- 3) Wenn man darauf abstellt, daß die Rechtsgeschäfte des Bevollm.adT. Rechtsgeschäfte des Erben (!) erzeugen (s.o. § 4), dann müßte es sich bei den vom Bevollm.adT. abgeschlossenen Rechtsgeschäften, streng genommen, um Nachlaß - Erben - Schulden handeln, für die der Erbe unbeschränkt haftet. Hier findet jedoch der Grundsatz, daß die Rechtsgeschäfte des Bevollm.adT. dem Erben zuzurechnen sind, eine Begrenzung aus dem Wesen der Vollm.adT. als mat.Verf.vTw.: eine solche kann immer nur Nachverbindlichkeiten, nicht Nachlaß-Erben-Schulden erzeugen (s.o. § 4 Anm. 26). So bilden auch die Rechtsgeschäfte des TV. keine Nachlaß-Erben-Schulden.
- 4) Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. III 1 Note 16; BGB-RGRK § 2206 Anm. 4 und 6; Kipp-Coing § 68 III 6 c; Lange § 29 VI 3 c.
- 5) Der Erbe kann das Rechtsgeschäft des Bevollm.adT. ausdrücklich genehmigen (§ 177 BGB), dann ist es so anzusehen, als habe der Erbe das Rechtsgeschäft selbst abgeschlossen. Es entsteht dann eine volle, unbeschränkbare Haftung des Eigenvermögens (Nachlaß-Erben-Schuld).

sich wieder, daß der Bevollm. adT. keine Mittelsperson des Erben, sondern eine solche des Erblassers ist; der Erblasser kann aber den Erben nur bis zur Höchstgrenze einer Nachlaßverbindlichkeit belasten, nicht weiter.

Wenn der Bevollm. adT. somit den Erben nicht so weitgehend binden kann, wie sich der Erbe bindet, wenn er selbst das betreffende Rechtsgeschäft abschließt, so folgt daraus, daß der Bevollm. adT. diese Beschränkung seiner Rechtsmacht dem Geschäftsgegner kundtun muß. Das kann in der Form geschehen, daß der Bevollm. adT. erklärt, er handle "für den verstorbenen Herrn X", "für die Erben des verstorbenen Herrn X" oder "für den X'schen Nachlaß". Gebraucht der Bevollm. adT. diese oder ähnliche Formulierungen, dann kann der Geschäftsgegner erkennen, daß ihm nach Haftungsbeschränkung nur der Nachlaß des verstorbenen X haften wird, nicht auch das Eigenvermögen des Erben. Unterläßt der Bevollm. adT. eine Aufklärung, dann kann der Geschäftsgegner, wenn der Erbe die Haftung auf den Nachlaß beschränkt, den Bevollm. adT. als falsus procurator in Anspruch nehmen (§ 179 BGB).

# Mißbrauch der Vollmacht auf den Todesfall

Für die Vollmacht unter Lebenden hat die Rechtsprechung den Satz entwickelt, daß ein vom Bevollmächtigten abgeschlossenes Rechtsgeschäft ungültig sei oder wenigstens der Einrede der Arglist (§ 242 BGB) unterliege, wenn der Bevollmächtigte zwar im Rahmen seiner Vollmacht, aber bewußt gegen den Willen und das Interesse des Machtgebers gehandelt habe und der Geschäftsgegner diesen Mißbrauch der Vollmacht entweder erkannt habe oder bei Verkehrsgläubiger Sorgfalt hätte erkennen müssen <sup>1)</sup>.

Bei der Vollm. adT. tritt die Frage auf, ob der Bevollm. adT. seine Vollmacht mißbraucht, wenn er gegen den Willen <sup>2)</sup> des Erblassers verstößt, oder ob ein Vollmachtsmißbrauch vorliegt, wenn er den Willen des Erben mißachtet, eine Frage, die durch die zwiespaltige Natur der Vollm. adT. vorgezeichnet ist, denn die Vollm. adT. stammt vom Erblasser, wirkt aber gegen die Erben.

Die herrschende Lehre <sup>3)</sup> stellt auf die Person des Erben ab. Da der Bevollm. adT. nach dem Tode des Machtgebers die Erben vertrete, sei er dem Willen des Erben unterworfen. Diese Schlußfolgerung ist nicht zwingend. Wenn die Handlungen des

- 1) RGZ 71/222 = JW 1909/S. 453; RGZ 75/301 = JW 1911/S. 399; RGZ 88/353 = JW 1915/S. 299; RGZ 85/353; RG Seuff. Arch. 65 Nr. 136 S. 259 ff.; RGZ 134/67 ff. (71, 72) = JW 1932/576; aus der neueren Rechtsprechung BayObLGZ 1954/225 ff.; Staudinger-Coing § 167 Anm. 6 Note 17 a; BGB-RGRK § 166 Anm. 27; Erman/Böhle-Stamschräder § 167 Anm. 9.
- 2) Meist wird auf den Willen und das Interesse des Machtgebers abgestellt. Beide Begriffe decken sich nicht, der Wille ist ein subjektiver, das Interesse ein objektiver Begriff; beide können voneinander abweichen. Richtiger erscheint es, ausschließlich auf den Willen des Machtgebers abzustellen und einen Vollmachtsmißbrauch auch dann anzunehmen, wenn objektiv die Interessen des Machtgebers durch das Rechtsgeschäft nicht beeinträchtigt sind.
- 3) Kleinschmidt S. 99/100; Meyer S. 26/27; Hemmersbach S. 45; Lamberg S. 32; Fischer S. 75; Heldrich Iherings Jahrb. 79/315 ff. (336); Kromer HansRGZ 1921/126; Müller-Freienfels S. 320 (obwohl er auf Seite 320 Anm. 96 für die Rechtsstellung des Bevollmächtigten gegenüber dem TV. zutreffend hervorhebt, daß der Bevollm. adT. über Nachlaßgegenstände verfügen könne, da er seine Rechtsstellung wie der TV. vom Erblasser ableite); RG Seuff. Arch. 75/217 ff. Nr. 126 = LZ 1920 Sp. 698 Nr. 4 = Recht 1920 Nr. 1488.

Bevollm. adT. für und gegen den Erben wirken, so folgt daraus noch nicht, daß der Bevollmächtigte dem Willen der Erben und ihrem Weisungsrecht unterworfen sei. Wenn sich jemand (der Erbe) die Fremdwirkung einer Vollmacht gefallen lassen muß, so muß er deswegen noch nicht zum Ausgleich das Recht haben, auf die Vollmacht einzuwirken. Es genügt, auf die gesetzliche Stellvertretung des Vormunds hinzuweisen, der den Mündel vertritt, aber deswegen nicht dem Willen des Mündels unterworfen ist.

Bei der Vollm. adT. muß man sich vor der Vorstellung hüten, als traten die Erben in das vom Erblasser begründete Vollmachtsverhältnis ein. Die Vollm. adT. kann nicht mit einer Rechtsnachfolge der Erben in die Machtgeberstellung des Erblassers erklärt werden. Hier zeigt sich wieder die Natur der Vollm. adT. als mat. Verf. vTw. Machtgeber bleibt auch nach dem Erbfall der Erblasser. Die Erben erlangen nur ein Widerrufsrecht. Bekommen die Erben nicht die Machtgeberstellung, ja überhaupt keine Teilhabe an dem Vollmachtsverhältnis, dann kann ihr Wille für den Bevollm. adT. nicht maßgebend sein und es kann ihnen dem Bevollm. adT. gegenüber kein Weisungsrecht zustehen.

Die von der herrschenden Lehre vertretene Ansicht würde die Vollm. adT. in vielen Fällen wertlos machen, insbesondere dann, wenn der Bevollm. adT. unentgeltliche Zuwendungen aus dem Nachlaß vornehmen soll. In diesen Fällen wird regelmäßig der Wille des Erben der Schenkung entgegenstehen. Es ist nicht ersichtlich, wie der Bevollm. adT. von einer solchen Vollm. adT. überhaupt noch wirksam Gebrauch machen kann.

Wenn man eine richtige Entscheidung gewinnen will, muß man wieder davon ausgehen, daß die Vollm. adT. eine mat. Verf. vTw. ist und als solche dazu bestimmt ist, den Willen des Erblassers hinsichtlich seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tode durchzusetzen. Aus dieser Zwecknatur der Vollm. adT. ergibt sich, daß bei der Entscheidung ausschließlich auf die Person des Erblassers abzustellen ist. Der Erblasser hat die Vollm. adT. erteilt und folglich ein Recht darauf, daß die Vollm. adT., solange sie überhaupt besteht, nach seinem Willen gebraucht wird. Ein Mißbrauch der Vollmacht ist also nur dann, aber auch immer dann gegeben, wenn der Bevollm. adT. bewußt dem ihm bekannten Willen des Erblassers zuwiderhandelt<sup>4)</sup> und der Geschäftsgegner das weiß oder schuldhaft nicht weiß. Auch hier erweist sich wieder die Verwandtschaft der Vollm. adT. mit der TV. Bei der TV. als einer formellen Verf. vTw. ist es nicht zweifelhaft,

---

4) So auch Breier S. 42; König S. 64/65.

daß der TV. ausschließlich den Willen des Erblassers zu befolgen hat <sup>5)</sup> (arg. §§ 2203, 2216 Abs. 2 BGB). Dasselbe gilt auch für die Vollm.adT.; sie ist eine schwächere TV.

Die Vollm.adT. unterliegt dem postmortalen Willen des Erblassers, solange sie besteht. Der Erbe kann die Vollm.adT. widerrufen, aber solange er das nicht getan hat, bleibt es dabei, daß allein der Wille des Erblassers für die Durchführung der Vollm.adT. maßgebend ist. Man kann nicht argumentieren <sup>6)</sup>, weil der Erbe die Vollm.adT. widerrufen könne, müsse er auch als Geringeres die Vollm.adT. inhaltlich ändern können, also verlangen können, daß der Bevollm.adT. den Willen und das Interesse des Erben beachte. Das ist nicht richtig, weil die Vollm.adT., solange sie besteht, eine Vollmacht des Erblassers bleibt. Die Vollm.adT. hat als atypische Verf.vTw. nur die Schwäche, daß der Erbe sie überhaupt beseitigen kann. Ansonsten bleibt es aber dabei, daß sie mat.Verf.vTw. ist und als solche nach dem Tode des Erblassers nicht abgeändert werden kann. Will der Erbe Einfluß auf die Handlungen des Bevollm.adT. gewinnen, so bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Vollm.adT. zu widerrufen und eine neue, eigene Vollmacht zu erteilen. Diese neue Vollmacht, die eine gewöhnliche Vollmacht unter Lebenden ist, unterliegt dann ausschließlich seinem Willen, ist aber inhaltlich etwas ganz anderes als die vom Erblasser stammende Vollm.adT. Ob der Erbe das wirklich will, wird er sich überlegen müssen; denn die Vollm.adT. des Erblassers kann ihm manche Vorteile bieten, z.B. wenn gleichzeitig ein TV. ernannt ist <sup>7)</sup>.

Es genügt nicht, daß der Bevollm.adT. bei seinem Handeln einen entgegengesetzten Willen und ein entgegengesetztes Interesse des Erben kennt; eine solche Kenntnis ist unschädlich. Das Mindeste wäre, daß der Erbe seinen gegenteiligen Willen dem Bevollm.adT. erklärt (arg. § 116 BGB) <sup>8)</sup>. Aber auch das genügt

- 
- 5) Wenn in einer bestimmten Angelegenheit ein besonderer Wille des Erblassers nicht zu erkennen ist, so gilt stellvertretend der freie Wille des Bevollm.adT., der sich allerdings am Interesse und am mutmaßlichen Willen des Erblassers auszurichten hat. Auch hier ist nicht der Wille des Erben maßgebend.
- 6) So Lamberg S. 32; Hemmersbach S. 61.
- 7) Siehe oben § 9.
- 8) So anscheinend auch RG Seuff. Arch. 75/217 ff. Nr. 126 = LZ 1920 Sp. 698 Nr. 4, wo das Reichsgericht davon spricht, daß Anzeichen (!) vorgelegen hätten, daß der Gebrauch der Vollmacht dem Willen des Erben nicht entsprach.

nicht. Der Erbe muß die Vollm. adT. widerrufen, und zwar durch eine besondere Erklärung <sup>9)</sup>.

Eine weitere Frage ist, ob der Bevollm. adT. auf Grund des der Vollm. adT. zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts (Auftrag adT.) verpflichtet ist, dem Erben die Vollm. adT. anzuzeigen und ihn von den Weisungen des Erblassers zu unterrichten <sup>10)</sup>, damit der Erbe sich entschließen kann, ob er die Vollm. adT. widerrufen will. Der Erbe hat als notwendige Ergänzung zu seinem Widerrufsrecht auch das Recht, vom Bevollm. adT. über das Bestehen und den Inhalt der Vollm. adT. Auskunft zu verlangen. Der Bevollm. adT. braucht aber erst dann Auskunft zu erteilen, wenn der Erbe ihm gegenüber sein Auskunftsrecht geltend macht. Von sich aus braucht der Bevollm. adT. nicht an den Erben heranzutreten und ihm Auskunft zu erteilen. Die Vollm. adT. ist zwar eine schwache Verfügung vTw., weil der Erbe durch Widerruf der Vollm. adT. den Willen des Erblassers ausschalten kann, aber sie ist wiederum nicht so schwach, daß der Bevollm. adT. dem Erben die Grundlage für den Widerruf verschaffen müßte.

---

9) In einer vom Erben erteilten Weisung, die als solche unzulässig ist, kann im Einzelfall ein Widerruf oder Teilwiderruf der Vollm. adT. erblickt werden. Wenn der Bevollm. adT. etwa allgemein ermächtigt ist, Schenkungen aus dem Nachlaß vorzunehmen, dann mag ihm der Erbe die Weisung geben, eine bestimmte Sache nicht zu verschenken; in dieser Weisung ist ein Teilwiderruf der Vollm. adT. zu erblicken, so daß der Bevollm. adT. nicht mehr die Macht hat, die betreffende Nachlaßsache zu verschenken.

10) So Meyer S. 26; Heldrich Iherings Jahrb. 79/316.

## ZUSAMMENFASSUNG

Begriff und Wesen

Die Vollmacht auf den Todesfall (Vollm. adT.) ist eine Vollmacht, die nach dem Willen des Machtgebers erst mit seinem Tode wirksam werden soll. Der Tod des Machtgebers ist rechtsgeschäftliche Voraussetzung für das Entstehen der Vollmacht. Die Vollm. adT. ist durch den Tod des Machtgebers und das Überleben des Bedachten bedingt.

Sie ist zu unterscheiden von der Vollmacht über den Tod hinaus (Vollm. üdT.), das ist eine Vollmacht, die bereits zu Lebzeiten des Machtgebers wirksam besteht und nach dem Tode des Machtgebers fort dauert.

Ein Unterschied zwischen beiden Arten der postmortalen Vollmacht ist jedoch nur dann zu machen, wenn man bei der Vollm. üdT. die Fortdauer der Vollmacht mit einer Vererbung der Machtgeberstellung erklärt. Nimmt man dagegen an, daß die lebzeitige Vollmacht nur dann über den Tod des Machtgebers fort dauert, wenn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet hat (Erbenklausel), dann entsteht mit dem Tod des Machtgebers eine neue, selbständige Vollmacht, nämlich eine Vollm. adT. Die Vollm. üdT. ist dann nichts anderes als die zeitliche Aufeinanderfolge einer lebzeitigen Vollmacht und einer Vollm. adT.

Die Vollm. adT. ist nach ihrer äußeren Form ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, nach ihrem Inhalt eine Verfügung von Todes wegen (mat. Verf. vTw.); denn:

1. Die Entstehung der Vollm. adT. ist auf den Todesfall des Machtgebers abgestellt. Der Tod des Erblassers ist nicht bloß Motiv für die Erteilung der Vollm. adT., sondern rechtsgeschäftliche Voraussetzung (Anfangstermin) für ihre Wirksamkeit.
2. Die Entstehung der Vollm. adT. hängt von der Rechtsbedingung ab, daß der Bevollmächtigte den Tod des Machtgebers überlebt. Der Erblasser kann für den Fall des Vorversterbens des Bevollm. adT. ersatzweise einen anderen Bevollmächtigten ernennen; eine stillschweigende Ersatzvollm. adT. für die Erben des ersten Bevollm. adT. ist nicht zu vermuten.
3. Die Vollm. adT. hat ausschließlich Einwirkungen des Erblassers auf seinen Nachlaß zum Gegenstand. Sie ruft keine Einwirkungen auf das gegenwärtige, lebzeitige Vermögen des Erblassers hervor: sie ändert weder unmittelbar den dinglichen Bestand des Erblasservermögens noch belastet sie es unmittelbar mit Verbindlichkeiten. Die Vollm. adT. ist weder mit einer durch den Tod des Erblassers aufschiebend bedingten Übereignung eines Vermögensgegenstandes noch mit einer betagten Verbindlichkeit, deren Fälligkeit auf den Tod des Erblassers hinausgeschoben ist, zu vergleichen. Änderungen im Vermögen des Erblassers können erst

eintreten, wenn der Bevollmächtigte von der Vollm. adT. Gebrauch macht, also nach dem Tode des Machtgebers.

Die Rechtslage ist auch nicht so zu verstehen, als bestehe das Vollmachtsverhältnis bereits zu Lebzeiten des Erblassers und belaste sein gegenwärtiges Vermögen, während nur der Inhalt der Vollmacht auf Handlungen nach dem Tode des Erblassers gerichtet sei (Parallele zur betagten Verbindlichkeit!). Wenn der Bevollm. adT. bis zum Tod des Machtgebers nicht zum Handeln für ihn befugt ist, besteht eben solange keine Vollmacht. Dagegen kann man sich beim Auftr. adT. vorstellen, daß der Auftrag (als Schuldverhältnis) schon zu Lebzeiten des Auftraggebers besteht, seinem Inhalt nach aber auf postmortale Handlungen des Beauftragten gerichtet ist, weil bei Schuldverhältnissen zwischen Bestand und Fälligkeit von Ansprüchen getrennt werden kann.

4. Der Erblasser erbringt bei der Vollm. adT. nicht mehr selbst sein eigenes Vermögensopfer, sondern legt dieses ausschließlich seinem Erben auf.

Die Vollm. adT. ist allerdings eine mat. Verf. vTw. schwächerer Art, weil - anders als etwa beim Vermächtnis - dritten Personen unmittelbar mit dem Erbfall keine durchsetzbaren Ansprüche gegen den Erben erwachsen, sondern sie solche erst dann erwerben, wenn der Bevollm. adT. aufgrund seiner Vollmacht entsprechende Rechtsgeschäfte mit ihnen abschließt. Das aber kann der Erbe durch Widerruf der Vollm. adT. verhindern.

Inhaltlich ist die Vollm. adT. mit der Testamentsvollstreckung (TV.) verwandt. Sie ist eine TV. schwächeren Grades und kann als widerrufliche TV. bezeichnet werden.

### Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der Vollm. adT. läßt sich nicht aus §§ 672, 168 BGB herleiten, da sich diese Bestimmungen mit der Fortgeltung einer zu Lebzeiten bestehenden Vollmacht befassen, die Vollm. adT. aber erst mit dem Erbfall entsteht; ebensowenig aus §§ 130 II, 153 BGB.

Die Vollm. adT. ist zulässig, und zwar formlos zulässig, weil sich keine Gründe nachweisen lassen, die eine Unzulässigkeit der Vollm. adT. ergäben. Dieses Ergebnis entspricht der Testierfreiheit des Erblassers und wird durch die Gesetzesmaterialien (im Zusammenhang mit der geschichtlichen Entwicklung des sog. *mandatum post mortem*) sowie durch die Sonderbestimmung des § 7 des Reichsschuldbuchgesetzes vom 31. Mai 1910 (RGBl. I S. 840) bekräftigt.

I. Die Vollm. adT. ist keine unzulässige Konkurrenz zur TV.

Zwar stimmen TV. und Vollm. adT. in ihrem Ziel, der postmortalen Vornahme

von Rechtsgeschäften, überein. Maßgebend sind aber die Wirkungen (!) beider Rechtsverhältnisse auf den Rechtskreis des Erben, und hierin unterscheiden sich TV. und Vollm. adT.

(1) Die TV. erzeugt für den Erben notwendig eine Rechtsbeschränkung. Obwohl der Erbe mit dem Erbfall Inhaber aller Nachlaßgegenstände geworden ist, ist er in seiner Verfügungsbefugnis, seiner Verpflichtungsbefugnis und seiner Prozeßführungsbefugnis bezüglich des Nachlasses beschränkt. Er erleidet eine Beschränkung seines rechtlichen Könnens, indem seine Verfügungen über Nachlaßgegenstände unwirksam sind, seine Verpflichtungsgeschäfte keine Haftung des Nachlasses begründen, seine Klagen mangels Prozeßführungsbefugnis abzuweisen sind und seine Verurteilung in Passivprozessen nicht zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ausreicht. Solange die TV. besteht, ist der Erbe den genannten Beschränkungen unabänderlich unterworfen und kann sich ihrer nicht von selbst entledigen. Die vorzeitige Entlassung des TV. aus wichtigem Grunde (§ 2227 BGB) ist allein dem Nachlaßrichter übertragen und steht in dessen pflichtgemäßem Ermessen.

Der Erbe erleidet bei der TV. eine Rechtsbeschränkung auch dadurch, daß er die Rechtshandlungen des TV. (Verfügungen, Verpflichtungsgeschäfte, Prozeßhandlungen) gegen den Nachlaß, sogar gegen sein Eigenvermögen gelten lassen muß (Fremdwirkung) und, das ist entscheidend, den Eintritt der Fremdwirkung nicht verhindern kann. Die den Handlungen des TV. innewohnende Fremdwirkung wird zu einer Rechtsbeschränkung des Erben, weil der Erbe ihr unvermeidbar ausgesetzt ist und die Ursache der Fremdwirkung, das Bestehen der TV., nicht aus eigener Rechtsmacht beseitigen kann.

Die Rechtsbeschränkung des Erben ist ein Wesensmerkmal der TV., weil sie sich bei jeder TV. nachweisen läßt, auch dann, wenn die TV. durch Anordnung des Erblassers gegenständlich oder inhaltlich eingeschränkt ist (§ 220§ Abs. 1 BGB).

Eine inhaltliche Einschränkung der TV. ist etwa dann gegeben, wenn der Erblasser dem TV. nur einzelne Rechtshandlungen für den Nachlaß übertragen hat. Dann stehen die übrigen Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses dem Erben zu, so daß sich dessen Rechtsstellung verbessert. Aber die Rechtshandlungen, die dem TV. übertragen sind, sind dem Erben verwehrt, und der Erbe muß insoweit die Handlungen des TV. unvermeidbar hinnehmen. Der Zuständigkeit des TV. für Nachlaßhandlungen entspricht, soweit sie reicht, eine Rechtsbeschränkung des Erben.

Wenn der Erblasser anordnet, daß der Erbe selbst unabhängig vom TV. für den Nachlaß wirksam handeln kann, also die ausschließliche Zuständigkeit des TV. für Nachlaßhandlungen aufhebt, was möglich ist, so erleidet der Erbe eine Rechtsbeschränkung immer noch deswegen, weil er die Handlungen des TV. mit ihrer Fremdwirkung unvermeidbar hinnehmen muß.

Eine Rechtsbeschränkung des Erben entfiere nur dann, wenn der Erblasser wirksam anordnen könnte, daß der Erbe den TV. nach seinem freien Belieben entlassen solle. Eine solche Anordnung ist aber unzulässig, weil damit entgegen § 2065 Abs. 1 BGB die Entscheidung über die Geltung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers in den Willen eines Dritten gestellt wäre. Ebenso unzulässig ist eine Anordnung des Erblassers, daß der Erbe jede einzelne Handlung des TV. verbieten könne; denn das käme im Ergebnis einer Entlassung des TV. durch den Erben gleich.

(2) Im Gegensatz hierzu fehlt bei der Vollm.adT. eine Rechtsbeschränkung des Erben; denn der Erbe kann jede Rechtshandlung für den Nachlaß selbst wirksam vornehmen und braucht nicht zu dulden, daß ihn der Bevollm.adT. vertritt, da der Erbe die Vollm.adT. jederzeit widerrufen und damit die in der Vollm.adT. liegende Fremdwirkungsmöglichkeit aus eigener Rechtsmacht beseitigen kann. Daß der Erbe von der Vollm.adT. nichts weiß oder aus sonstigen tatsächlichen Gründen die Vollm.adT. im Einzelfall nicht widerrufen kann, ändert hieran nichts; es kommt nicht auf die Widerrufsmöglichkeit, sondern auf das Widerrufsrecht an.

TV. und Vollm.adT. stimmen jedoch dann überein, daß die Rechtshandlungen des TV. ebenso wie die des Bevollm.adT. für und gegen den Nachlaß und eventuell das Eigenvermögen des Erben wirken (Wesensmerkmal der Fremdwirkung).

(3) Maßgebend ist nicht die Übereinstimmung in der Fremdwirkung, sondern die Verschiedenheit in der Rechtsbeschränkung des Erben; denn der Rechtsbeschränkung kommt innerhalb der TV. die Aufgabe zu, den auf Verwaltung des Nachlasses durch eine Vertrauensperson gerichteten Willen des Erblassers gegen den Erben durchzusetzen. Das Gesetz muß bei jeder Verf.vTw. dafür sorgen, daß der Wille des Erblassers nach seinem Tode gegen den Willen des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter verwirklicht wird oder wenigstens durchsetzbar ist. Das geschieht entweder dadurch, daß

- a) konstitutiv mit dem Erbfall ohne Mitwirkung von Nachlaßbeteiligten eine Einwirkung auf den Nachlaß stattfindet, etwa Nachlaßrechte zugeteilt oder entzogen werden (z.B. Erbeinsetzung, Pflichtteilsentzug); oder
- b) anderen Nachlaßbeteiligten obligatorische Pflichten auferlegt werden (z.B. Vermächtnis, Teilungsverbot); da der Begünstigte das Recht hat, die Erfüllung durch Klage zu erzwingen und bei Nichterfüllung Schadensersatz zu verlangen, kann auch hier noch von einer Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens gesprochen werden, nur ist die Durchsetzung dem Begünstigten überlassen; oder
- c) dem Erben eine Rechtsbeschränkung wie bei der TV. auferlegt wird.

Die Durchsetzbarkeit des Erblasserwillens zu veranlassen, ist eine Aufgabe, die allen formlichen, im Gesetz geregelten Verfügungen vTw. gemeinsam ist. Die Rechtsbeschränkung, die der Erblasser bei TV. erleidet, erweist sich daher als ein entscheidendes Merkmal der TV., das ihre Gemeinsamkeit mit den übrigen formlichen Verfügungen vTw. begründet und neben der Fremdwirkung, die der TV. ihren eigentlichen Inhalt gibt, eigenständige Bedeutung hat.

Da die Vollm.adT. keine Rechtsbeschränkung des Erben erzeugt und damit die Verwirklichung des Erblasserwillens nicht gesichert ist, vielmehr dem Willen des Erben anheimgegeben ist, ist sie keine unzulässige Konkurrenz zur TV. Nur eine Vollm.adT., die für den Erben unwiderruflich sein soll, ist unzulässig, weil hier eine Rechtsbeschränkung des Erben gegeben wäre, indem der Erbe den Handlungen des Bevollm.adT. unvermeidbar ausgesetzt wäre: der Wille des Erblassers zur postmortalen Nachlaßwirkung würde mit Sicherheit durchgesetzt.

Die unwiderrufliche Vollm.adT. kann aber meist in eine widerrufliche Vollm.adT. umgedeutet werden; erfüllt sie die Formvoraussetzungen eines eigenhändigen Testaments, kann sie auch in eine TV. umgedeutet werden.

II. Die Vollm.adT. ist, wenn sie zu Schenkungen aus dem Nachlaß ermächtigt, keine unzulässige Konkurrenz zum Vermächtnis und zur Schenkung vTw.

Vollm.adT. einerseits, Vermächtnis und Schenkung vTw. andererseits stimmen zwar im Ziel überein, unterscheiden sich aber in den Wirkungen auf den Rechtskreis des Erben.

a) Vermächtnis und Schenkung vTw. verschaffen dem Bedachten unmittelbar mit dem Erbfall einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben, während bei der Vollm.adT. ein obligatorischer Anspruch des Begünstigten erst durch ein Handeln des Bevollm.adT. entsteht, was der Erbe durch Widerruf der Vollm.adT. verhindern kann. Der Erblasser hat bei der Vollm.adT. keine Gewähr, daß seine Zuwendungsabsicht verwirklicht wird, nur eine Chance.

b) Vermächtnis und Schenkung vTw. sind Rechtsgeschäfte des Erblassers, das vom Bevollm.adT. vorgenommene Rechtsgeschäft ist ein Rechtsgeschäft des Erben. Auch dieses geht zwar auf den Willen des Erblassers zurück, weshalb sich seine Voraussetzungen (z. B. das Erfordernis behördlicher Genehmigungen) ausschließlich nach der Person des Erblassers bestimmen. Ist das Rechtsgeschäft aber abgeschlossen, dann bestimmt sich sein weiteres rechtliches Schicksal allein nach der Person des Erben, es wird dem Erben als eigenes zugerechnet, der Erbe ist Träger des Rechtsgeschäfts. Wenn das vom Bevollm.adT. vorgenommene Rechtsgeschäft seinerseits Tatbestandsmerkmal einer anderen Rechtsnorm ist und es darauf ankommt, wessen Rechtsgeschäft es ist, dann ist es ein Rechtsgeschäft des Erben.

Vermächtnis und Schenkung vTw. sind nach Urheberschaft und Trägerschaft Rechtsgeschäfte des Erblassers. Die Vollm. adT. ist gespalten: Nach der Urheberschaft ist sie ein Rechtsgeschäft des Erblassers, nach der Trägerschaft ein Rechtsgeschäft des Erben.

Die wichtigste Auswirkung der Trägerschaft des Erben findet sich im Nachlaßkonkurs. Die vom Bevollm. adT. vorgenommene Schenkung ist von der Geltendmachung im Nachlaßkonkurs gemäß § 63 Nr. 4 KO ausgeschlossen, weil sie als Schenkung des Erben, also des Gemeinschuldners, gilt.

III. Es gibt keinen *numerus clausus* der Verf. vTw. Einem Gegenschluß aus § 1518 BGB und § 2301 BGB ist zu entnehmen, daß das Gesetz atypische Verf. vTw. grundsätzlich zuläßt. Die im Gesetz geregelten Verf. vTw. reichen nicht aus, um alle berechtigten Wünsche des Erblassers für die Regelung seines Nachlasses zu befriedigen.

Andererseits darf man atypische Verf. vTw. nicht allgemein für zulässig halten. Vielmehr muß jede einzelne atypische Verf. vTw. gesondert untersucht werden, ob gerade sie in irgendeiner Weise gegen die im Erbrecht getroffene Interessenregelung unter den Nachlaßbeteiligten verstoßen würde.

Die Vollm. adT. verletzt das Interesse keines Nachlaßbeteiligten; weder die Interessen des Erben, da der Erbe keinen Anspruch auf einen bestimmten Wert oder Umfang des Nachlasses hat, außerdem durch Widerruf der Vollm. adT. weitere Beeinträchtigungen des Nachlasses verhindern kann; noch die Interessen der Nachlaßgläubiger, da sie keinen Anspruch auf ein ausreichendes Haftungsobjekt haben (unbeschadet der Gläubigeranfechtung) und die Forderungen aus den Rechtsgeschäften des Bevollm. adT. gegenüber ihren Forderungen nicht bevorzugt werden, sondern gewöhnliche Konkursforderungen sind; noch die Interessen der Pflichtteilsberechtigten, da die Höhe ihres Anspruchs im Augenblick des Erbfalls rechnerisch feststeht und durch die Rechtsgeschäfte des Bevollm. adT. nicht gemindert werden kann.

IV. Die Vollm. adT. ist zwar ein Eingriff in den Rechtskreis des Erben, ein Rechtsgeschäft zu Lasten des Erben, da sie ihn mit dem Erbfall der Möglichkeit der Fremdwirkung aussetzt. Deswegen allein kann die Vollm. adT. aber nicht unzulässig sein, da sie eine mat. Verf. vTw. ist und jede mat. Verf. vTw. notwendig ein Rechtsgeschäft zu Lasten des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter darstellt. Gibt es keine sonstigen Gründe, die Vollm. adT. als atypische Verf. vTw. zu verbieten, dann kann die Vollm. adT. nicht allein deswegen unzulässig sein, weil sie zu Lasten des Erben oder anderer Nachlaßbeteiligter wirkt.

## Nützlichkeit

Die Vollm.adT. ist wichtig für die Zeit unmittelbar nach dem Erbfall, solange die Erben noch nicht feststehen oder keinen Erbschein haben. Durch eine Vollm.adT. kann der Erblasser auf einfache Weise dafür sorgen, daß während dieser Zeit eine Person da ist, die legitimiert ist, für und gegen den Nachlaß zu handeln.

Die Vollm.adT. bietet sich an, wenn der Erblasser keine TV. anordnen will, weil er dem Erben die zwangsläufig damit verbundene Rechtsbeschränkung ersparen möchte. Daß nicht der Erbe, sondern noch der Erblasser einen Nachlaßbevollmächtigten ernennt, hat den Vorteil, daß der Bevollm.adT. ebenso wie der TV. von allen Beschränkungen frei ist, die sich aus der Person des Erben ergeben können, z.B. von der Notwendigkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften.

Die Vollm.adT. ist eine Ersatzlösung, wenn der Erblasser keine TV. anordnen kann, weil er hieran durch einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament gehindert ist. Auf eine Vollm.adT. ist der Erblasser auch dann angewiesen, wenn die Mittelsperson Schenkungen aus dem Nachlaß vornehmen soll, da dem TV. und auch dem Vormund des Erben Schenkungen verwehrt sind.

## Verhältnis zum TV.

TV. und Vollm.adT. können nebeneinander bestehen; TV. und Bevollm.adT. können sogar ein und dieselbe Person sein.

Der TV. hat keinen Anspruch auf ausschließliche Zuständigkeit für Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses. Wenn der Erblasser den Erben ermächtigen kann, die Handlungen, für die der TV. eingesetzt ist, auch seinerseits wirksam vorzunehmen (§ 2208 BGB), so kann er erst recht einen Bevollmächtigten mit der Macht ausstatten, neben dem TV. und unabhängig vom TV. alle Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses wirksam vorzunehmen; die Begründung der Doppelzuständigkeit erfolgt im ersten Fall (Erbe) durch Testament (§ 2208 BGB), im zweiten Fall (Bevollm.) formlos.

War die Vollm.adT. zuerst erklärt, so wird sie durch die spätere Anordnung einer TV. nicht gemäß § 2258 BGB aufgehoben, da kein inhaltlicher Widerspruch zwischen beiden Rechtsverhältnissen besteht; denn die ausschließliche Zuständigkeit des TV. zu Rechtshandlungen bezüglich des Nachlasses, die ohnehin abdingbar ist (§ 2208 BGB), gilt nur im Verhältnis zum Erben, nicht im Verhältnis zum Bevollm.adT. als einer Mittelsperson des Erblassers. Aus demselben Grund ist in

der späteren Anordnung einer TV. auch nicht ein bewußter Widerruf der Vollm. adT. zu erblicken; ein solcher müßte vom Erblasser ausdrücklich erklärt werden.

War zuerst TV. angeordnet, so kann der Erblasser später trotzdem eine Vollm. adT. erteilen, ohne hierbei die Form eines Nachtragstestamentes einhalten zu müssen. Die konkurrierende Zuständigkeit des Bevollm. adT. ist keine (formbedürftige) Beschränkung der Rechtsstellung des TV., weil dem TV. gegenüber dem Bevollm. adT. kein Recht auf ausschließliche Zuständigkeit zusteht. Ein Testamentsnachtrag ist nur erforderlich, wenn dem TV. die Rechtshandlungen, zu denen der Bevollm. adT. ermächtigt wird, entzogen sein sollen.

Der Bevollm. adT. unterliegt im Zweifel nicht den Beschränkungen, denen der Erbe bei der TV. unterliegt; der Bevollm. adT. braucht also für seine Handlungen nicht die Zustimmung des TV. zu erholen, er ist vom TV. unabhängig. Der Bevollm. adT. ist keine Mittelsperson des Erben, der dessen Rechtsbeschränkung teilen müßte, sondern wie der TV. eine Mittelsperson des Erblassers, der die Befugnisse von TV. und Bevollm. adT. frei gegeneinander abgrenzen kann und nur die Widerruflichkeit der Vollm. adT. beachten muß.

Der Erblasser kann durch besondere Erklärung den Bevollm. adT. denselben Beschränkungen unterwerfen, denen der Erbe unterliegt.

Der TV. kann die Vollm. adT. nicht widerrufen, nur der Erbe. Der Erblasser kann dem TV. jedoch durch besondere Erklärung das Widerrufsrecht übertragen.

### Verhältnis zum Vormund

Eine Vollm. adT. kann wirksam entstehen, auch wenn der Erbe im Zeitpunkt des Erbfalls geschäftsunfähig ist. Da das Ziel der Vollm. adT. gegen den Erben gerichtet ist, muß dessen rechtlicher Zustand ohne Bedeutung sein.

Die Vollm. adT., die einen geschäftsunfähigen Erben trifft, ist nicht der formbedürftigen Anordnung einer Pflegschaft gemäß §§ 1638, 1909 BGB gleichzusetzen. Der gesetzliche Vertreter des Erben (Vormund, Eltern) erleidet durch die Anordnung einer Pflegschaft eine Rechtsbeschränkung, nämlich eine Beschränkung seines Vertretungsrechtes, indem er von eigenen Rechtshandlungen für den Nachlaß (Mündelvermögen) ausgeschlossen ist, soweit die Zuständigkeit des Pflegers reicht, und umgekehrt die vom Pfleger vorgenommenen Rechtshandlungen für und gegen den Nachlaß und eventuell das sonstige Mündelvermögen hinnehmen muß, ohne den Eintritt der Fremdwirkung hindern zu können. Bei der Vollm. adT. fehlt eine Rechtsbeschränkung des gesetzlichen Vertreters.

Der Bevollm. adT. ist vom gesetzlichen Vertreter unabhängig und braucht zu sei-

nen Handlungen für den Nachlaß steht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Der Erblasser kann Gegenteiliges bestimmen.

Der Bevollm. adT. bedarf ebenso wie der TV. nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für Rechtsgeschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter eine solche einholen muß (§§ 1821, 1822, 1812 III BGB); denn da der Bevollm. adT. nicht Mittelsperson des Erben ist, kann er dessen rechtlichen Beschränkungen nicht unterliegen. Vielmehr ist der Bevollm. adT. allein eine Mittelsperson des Erblassers mit einer gegen den Erben gerichteten Aufgabe, so daß die rechtlichen Voraussetzungen seines Handelns sich nur nach der Person des Erblassers bemessen.

Der Bevollm. adT. kann auch Rechtsgeschäfte vornehmen, die der gesetzliche Vertreter überhaupt nicht vornehmen kann, z.B. Schenkungen (§ 1804 BGB).

### Verhältnis zum Nachlaßpfleger

Die Vollm. adT. kann neben einer Nachlaßpflegschaft wirksam bestehen. Der Bevollm. adT. kann unabhängig vom Nachlaßpfleger handeln.

Das Nachlaßgericht darf von der Ernennung eines Nachlaßpflegers nicht deswegen absehen, weil ein Bevollm. adT. vorhanden ist; denn der Bevollm. adT. muß die Interessen des Erblassers, nicht des Erben wahrnehmen.

Der Nachlaßpfleger kann die Vollm. adT. widerrufen.

### Verhältnis zum Konkursverwalter

Der Bevollm. adT. unterliegt wie der TV. den Beschränkungen, welche Nachlaßkonkurs und Nachlaßverwaltung für den Erben erzeugen. Hier handelt es sich um keine in der Person des Erben begründete Beschränkung, die der Erblasser durch mat. Verf. vTw. überwinden könnte, sondern um eine den Nachlaß als solchen treffende Beschränkung, die sowohl gegenüber dem gegenwärtigen Rechtsinhaber als auch gegenüber dem früheren Rechtsinhaber wirkt.

## Umfang

Die Vollm. adT. kann als mat. Verf. vTw. nur dazu ermächtigen, Rechtsgeschäfte bezüglich des Nachlasses, nicht auch bezüglich des Eigenvermögens des Erben vorzunehmen.

Hat der Bevollm. adT. innerhalb seiner Vertretungsmacht ein Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen, so ist eine Nachlaßverbindlichkeit gegeben, für die der Erbe auch mit seinem Eigenvermögen unbeschränkt, wenngleich beschränkbar haftet.

Da durch das Handeln des Bevollm. adT. andererseits keine Nachlaß-Erben-Schuld entsteht, für die der Erbe unbeschränkbar haften würde, muß der Bevollm. adT. dem Geschäftsgegner die Beschränkung seiner Vertretungsmacht kundtun, widrigenfalls er gemäß § 179 BGB haftet.

## Mißbrauch

Ein Mißbrauch der Vollm. adT. ist gegeben, wenn der Bevollm. adT. bewußt gegen den ihm bekannten Willen des Erblassers handelt und der Geschäftsgegner das weiß oder schuldhaft nicht weiß. Daß der Wille des Erben dem Rechtsgeschäft des Bevollm. adT. entgegensteht, ist unbeachtlich, solange der Erbe nicht die Vollm. adT. widerrufen hat. Die Vollm. adT. ist als mat. Verf. vTw. dazu bestimmt, den Willen des Erblassers nach seinem Tode gegenüber dem Erben zur Geltung zu bringen; auch bei der Entscheidung über einen Mißbrauch der Vollm. adT. ist daher nur auf die Person des Erblassers abzustellen.

Der Bevollm. adT. ist nicht verpflichtet, von sich aus die Vollm. adT. dem Erben anzuzeigen.

## L E B E N S L A U F

Ich bin am 25.2.1939 in Karlsbad als Sohn des Regierungsbauinspektors Richard Heinz und seiner Ehefrau Christine Heinz, geb. Pistl - Syha, geboren. Ich besuchte von 1938 - 1942 die Volksschule in Karlsbad - Fischern und ab 1942 die Oberschule für Jungen in Karlsbad.

Nach der Vertreibung konnte ich die Oberschule in Donaustadt besuchen und legte dort am 17.7.1951 die Reifeprüfung ab. Vom Sommersemester 1952 bis zum Wintersemester 1955/56 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München Rechtswissenschaft. Am 26.7.1956 bestand ich die Erste Juristische Staatsprüfung, am 7.11.1960 die Zweite Juristische Staatsprüfung.

Anschließend trat ich in den Bayer. Staatsdienst (Finanzverwaltung) ein und war als Finanzassessor am Finanzamt Ingolstadt und im Bayer. Staatsministerium der Finanzen tätig. In die Notariatslaufbahn übergewechselt, leiste ich seit 1.7.1962 meinen Anwärterdienst als Notarassessor.







